

MATTHIS PETER

Zivilprozessuale Gruppenvergleichs- verfahren

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*
400

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

400

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Matthis Peter

Zivilprozessuale Gruppenvergleichsverfahren

Einvernehmliche Streitbeilegung im
kollektiven Rechtsschutz

Mohr Siebeck

Matthis Peter, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich; Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Zürich; 2018 Promotion; seit 2017 Gerichtsauditor am Bezirksgericht Horgen (ZH); Rechtsreferendar in einer Rechtsanwaltskanzlei in Zürich.
orcid.org/0000-0002-6931-4484

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

ISBN 978-3-16-155935-8 / eISBN 978-3-16-155936-5

DOI 10.1628/978-3-16-155936-5

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441

(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist seit 06/2020 lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Herbstsemester 2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertation abgenommen. Sie entstand im Rahmen des vom Schweizerischen Nationalfonds (SNF) geförderten Projekts „Konfliktbewältigung in der Massengesellschaft: Musterprozess und Gruppenvergleich“ unter Leitung von Prof. Dr. iur. Tanja Domej. Im Frühjahrssemester 2015 hatte ich Gelegenheit zu einem sechsmonatigen Forschungsaufenthalt am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Dieser Forschungsaufenthalt wurde mit einem „Mobilitätsbeitrag“ des SNF unterstützt.

Ich danke Tanja Domej sehr herzlich für die hervorragende Betreuung dieser Dissertation und für die vielseitige und großzügige Förderung während meiner Tätigkeit an ihrem Lehrstuhl. Mein Dank gebührt überdies Prof. Dr. iur. Ulrich Haas für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich zudem Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann für die Aufnahme in die „Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht“. Dem Redaktionsteam des Hamburger Max-Planck-Instituts sowie Daniela Taudt und Jana Trispel vom Verlag danke ich für das sorgfältige Lektorat und die hilfreichen Hinweise zu Satz und Layout.

Für die kritische Durchsicht des Manuskripts und stetige Unterstützung danke ich besonders Rechtsanwältin Dr. iur. Anna Peter. Dank gebührt überdies Rechtsanwältin Céline Schmidt für die wertvollen Diskussionen während der kollegialen Tätigkeit am Lehrstuhl. Unterstützung bei der Recherche und in administrativen Belangen erhielt ich von Alda Zappia. Ferner danke ich Dr. sc. Moritz Gleich für den regelmäßigen Austausch über unsere Promotionsprojekte (und über die Eigenarten der akademischen Welt).

Ohne die großzügige und vielseitige Unterstützung meiner Eltern, Niklaus und Verena Peter-Barth, wäre diese Arbeit nicht entstanden. Zu tiefstem Dank verpflichtet bin ich schließlich Viola Richard für die unmessbare Hilfe und den geduldigen Beistand.

Die vorliegende Arbeit wurde im Mai 2017 abgeschlossen. Rechtsprechung und Literatur wurden nach Möglichkeit bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt.

Zürich, im Herbst 2017

Matthis Peter

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII

Einleitung

A. Problemstellung	1
B. Gang der Untersuchung.....	6

Erster Teil:

Vergleich und Gruppenvergleich nach geltendem Recht der Schweiz

A. Der gerichtliche Vergleich als Rechtsschutzalternative	7
B. Gruppenvergleiche nach geltendem Recht.....	17

Zweiter Teil:

Ausgewählte ausländische Gruppenvergleichsverfahren

A. <i>Class action settlements</i> in den USA	28
B. WCAM-Vergleiche in den Niederlanden	64
C. KapMuG-Vergleiche in Deutschland	110

Dritter Teil:

Ausgewählte Probleme von Gruppenvergleichsverfahren

A. Einführung	136
B. Justizgewährung und effektive Streitbeilegung in Gruppenvergleichsverfahren	137
C. <i>Opt-in / opt-out</i>	151
D. Repräsentation	175
E. Angemessenheit des Vergleichs	194
F. Kosten.....	203

Schluss

Endergebnis und Ausblick	214
--------------------------------	-----

Anhang 1: Übersicht zum typischen Ablauf der Gruppenvergleichsverfahren	220
Anhang 2: Verzeichnis abgeschlossener WCAM- und KapMuG- Gruppenvergleichsverfahren	222
Literaturverzeichnis.....	225
Materialienverzeichnis	253
Sachregister.....	257

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII

Einleitung

A. Problemstellung	1
B. Gang der Untersuchung.....	6

Erster Teil:

Vergleich und Gruppenvergleich nach geltendem Recht der Schweiz

A. Der gerichtliche Vergleich als Rechtsschutzalternative	7
I. Begriff und Wesenszüge des Vergleichs	7
1. Gerichtlicher Vergleich	8
a) Begriff, Abgrenzungen und praktische Bedeutung	8
b) Grundzüge der Voraussetzungen.....	9
2. Außergerichtlicher Vergleich	11
II. Förderung des Vergleichs	11
III. Gerichtlicher Vergleich und Zweck des Zivilprozesses.....	14
IV. Fazit	16
B. Gruppenvergleiche nach geltendem Recht.....	17
I. Einführung: Begriff und Anwendungsfälle des Gruppenvergleichs.....	17
II. Gerichtlicher Gruppenvergleich.....	18
1. Bei einfacher Streitgenossenschaft	18
2. Bei objektiver Klagenhäufung.....	20
III. Außergerichtlicher Gruppenvergleich	22
1. Relevanz in der Praxis und Gestalt.....	22
2. Musterprozesse.....	24
3. Alternative Streitbeilegungsmechanismen	25
IV. Fazit	26

Zweiter Teil:

Ausgewählte ausländische Gruppenvergleichsverfahren

A. <i>Class action settlements</i> in den USA	28
I. Grundzüge der US-amerikanischen <i>class action</i>	28
1. Historische Entwicklung, Klagetypen und Anwendungsbereich	29
2. Allgemeine Voraussetzungen der <i>class action</i>	31
a) <i>Numerosity</i>	31
b) <i>Commonality</i>	31
c) <i>Typicality</i>	32
d) <i>Fair and adequate representation</i>	32
3. Qualifizierte Voraussetzungen der <i>damages class action</i>	34
4. Zulassungsverfahren (<i>certification</i>)	35
5. Benachrichtigung	37
6. Richterliche Prozessleitung und Beweisermittlung (<i>discovery</i>)	39
7. Beteiligungsrechte der Gruppenmitglieder: Intervention und <i>opt-out</i>	41
8. Hauptverhandlung und Urteil	42
II. <i>Class action settlements</i>	43
1. Bedeutung des Vergleichs in Zweiparteien- und <i>class action</i> -Verfahren	43
2. <i>Class action settlements</i> und <i>settlement (-only) class actions</i>	44
3. Vergleichsverhandlungen und Einleitung des Genehmigungsverfahrens	45
4. Einwände (<i>objections</i>) und <i>opt-out</i>	47
5. Anhörung (<i>fairness hearing</i>)	50
6. Genehmigungskriterien und Missbrauchskontrolle	51
a) Konkretisierung der Kriterien in der Kasuistik	51
aa) Angemessenheit der Vergleichssumme	51
bb) Umfang der <i>discovery</i>	52
cc) Komplexität und Kosten eines streitigen Verfahrens	52
dd) Reaktion der Gruppe	53
ee) Keine Anzeichen für kollusives Verhalten	53
ff) Angemessenheit der Anwaltsvergütung	54
b) Vermutung zugunsten der Angemessenheit	54
c) Schutz vor missbräuchlichen <i>strike suits</i> und <i>blackmail settlements</i>	55
7. Genehmigungsentscheid und Rechtsmittel	56
8. Verteilungsprozedere	57

9. Kosten.....	59
a) Anwaltshonorar.....	59
b) Vergütung des Repräsentanten und andere Kosten.....	61
III. Würdigung.....	62
 B. WCAM-Vergleiche in den Niederlanden	64
I. Entstehung und Revision des Gesetzes	64
1. Schadensabwicklung beim <i>DES</i> -Fall	64
2. Evaluation und Revision des WCAM	66
3. Übersicht zu den abgeschlossenen Verfahren	67
II. Voraussetzungen und Ablauf des Verfahrens.....	67
1. Anwendungsbereich	67
2. Beteiligte des Verfahrens	68
a) Stiftungen und Vereine	68
aa) Satzung.....	70
bb) Repräsentativität.....	70
b) Geschädigte	73
aa) Festlegung und Anfechtung der Kriterien	73
bb) Ausreichende Gruppengröße	74
cc) Spätgeschädigte / „zukünftige Geschädigte“.....	74
c) Schädiger	75
3. Vorphase des Prüfungsverfahrens.....	75
a) Sachverhaltsermittlung.....	75
b) Beteiligung des Gerichts an den Vergleichsverhandlungen	76
c) Vorprozessuale Anhörung vor erstinstanzlichem Gericht.....	76
d) Vorlageverfahren beim <i>Hoge Raad</i>	77
4. Vergleichsvertrag	78
a) Regelung zum Feststellungsvertrag als Ausgangspunkt	78
b) Anforderungen an die Vergleichsvereinbarung	79
aa) Modalitäten des Abwicklungsverfahrens	79
bb) Angemessenheit der Entschädigungssumme	80
(1) Schadensumfang und Ursachen des Massenschadens	80
(2) Mögliche Effizienzgewinne.....	81
(3) Ungewissheit über die Rechtsverhältnisse und prozessuale Handlungsmöglichkeiten.....	81
(4) Stellungnahmen der Gruppenmitglieder	82
(5) Expertengutachten.....	83
(6) Regelung der Anwaltskosten	83
cc) Gewährleistung der Interessen der Geschädigten	84
c) Rechtliche und faktische Grenzen der Überprüfung	84
5. Prüfungsverfahren vor Gericht	86
a) Antrag.....	86

b) Nationale und internationale Zuständigkeit	87
c) Rechtshängigkeit und Parallelverfahren	88
aa) Binnensachverhalte	88
bb) Internationale Rechtshängigkeit	89
d) Anwendbares Recht	90
e) Verjährung	91
aa) Ansprüche aus dem Gruppenvergleich	91
bb) Originäre Ansprüche der ausgetretenen Gruppenmitglieder	91
cc) Verjährung bei Abweisung des Antrags und Kündigung des Vertrages	92
f) Vorbereitende Sitzung	92
g) Benachrichtigung der Gruppenmitglieder	93
aa) Benachrichtigung bei Wohnsitz im Inland	93
bb) Benachrichtigung bei Wohnsitz im Ausland	94
h) Akteneinsicht und Stellungnahme	95
i) Mündliche Verhandlung und Entscheid des Gerichts	95
aa) Verbindlicherklärung des Gruppenvergleichs	96
bb) Abweisung des Antrags	97
j) Rechtsmittel	97
6. <i>Opt-out</i> und Kündigungsrecht	98
a) <i>Opt-out</i>	98
b) Kündigungsrecht des Schädigers	99
7. Verteilungsprozedere und Vollstreckung	99
a) Verteilung der Entschädigungen	99
b) Anerkennung und Vollstreckung des Gruppenvergleichs	101
aa) Anerkennung und Vollstreckung des Entschädigungsanspruchs	101
bb) Anerkennung der Präklusionswirkung des Gruppenvergleichs?	101
8. Kosten	105
a) Verteilung der Kosten	105
b) Prozessfinanzierung	106
III. Würdigung	108
C. KapMuG-Vergleiche in Deutschland	110
I. Grundzüge des Musterverfahrens	110
1. Gesetzgebungsprozess und Charakteristik des Verfahrens	110
2. Anwendungsbereich	112
3. Vorlageverfahren vor dem Prozessgericht	112
4. Musterverfahren vor dem Oberlandesgericht	114
5. Kosten	116
II. Gruppenvergleich nach dem KapMuG	117

1. Regelung und Praxis des Vergleichs im KapMuG 2005	117
2. Überblick zur Neuregelung und ihrer Anwendung in der Praxis	118
3. Zustandekommen des Vergleichs	119
a) Rolle der Kläger, der Anmelder und des Gerichts	119
b) Sachverhaltsermittlung	120
c) Rechtsnatur des Vergleichsvorschlags	121
4. Inhalt des Vergleichs	121
a) Erfasster Streitgegenstand: Vorgaben aus § 17 Abs. 1 KapMuG	121
b) Weitere Anforderungen aus § 17 Abs. 2 KapMuG	122
c) Autonom vereinbarter Inhalt: Rücktritt, Widerruf, Quoren... ..	123
5. Genehmigungsverfahren	124
a) Zweck der gerichtlichen Überprüfung	124
b) Einleitung und Formvorschriften	125
c) Benachrichtigung, Akteneinsicht und Stellungnahme	125
d) Angemessenheitsprüfung	126
aa) Umfang des Ermessens	126
bb) Strukturelles Informationsdefizit und Stellungnahmen	127
e) Genehmigungsentscheid und Rechtsmittel	128
6. Austrittsrecht	128
7. Wirksamkeit des Gruppenvergleichs	129
8. Vollstreckung des Gruppenvergleichs	130
9. Kosten	132
III. Würdigung	132

Dritter Teil:

Ausgewählte Probleme von Gruppenvergleichsverfahren

A. Einführung	136
B. Justizgewährung und effektive Streitbeilegung in Gruppenvergleichsverfahren	137
I. Typen von Gruppenvergleichsverfahren	137
II. Anspruch auf kontradiktorisches Gruppenverfahren	138
1. Justizgewährung bei Massen- und Streuschäden	138
2. Konsensualer und kontradiktorischer kollektiver Rechtsschutz	141
3. Optionen für ein kontradiktorisches Gruppenverfahren	144
III. Maßnahmen zur Förderung von Vergleichsverhandlungen	145
1. Sachverhaltsermittlung	145
2. Vorlageverfahren	149
IV. Fazit	150

C. <i>Opt-in / opt-out</i>	151
I. Form, Wirkung und Verbreitung des <i>opt-in</i> - und <i>opt-out</i> -Ansatzes	151
II. Anforderungen aus dem Dispositionsgrundsatz und dem Anspruch auf rechtliches Gehör	153
1. Dispositionsmaxime	153
a) Mitwirkungslast	154
b) Rechtfertigung bei Streuschäden und Massenschäden	155
c) Zustellung nach Art. 136 ff. ZPO und Art. 232 f. SchKG als Maßstab?	158
d) Rechtfertigung der öffentlichen Bekanntmachung durch andere Gründe?	160
e) <i>Opt-out</i> -Verfahren mit nachträglichem Austrittsrecht	162
aa) Entgegenstehende Interessen	162
bb) Nachweis der Zustellung	163
cc) Formelle Anforderungen an die Austrittserklärung	165
dd) Gegenüberstellung zu <i>opt-in</i> -Verfahren	166
f) Vorentwurf zum FIDLEG	166
2. Rechtliches Gehör	167
a) Grundsätzliches	167
b) Anspruch auf Orientierung	168
c) Anspruch auf Äußerung	168
d) Anspruch auf Beweis und auf Akteneinsicht	171
III. Verwendung überschüssiger Mittel bei <i>opt-out</i> -Verfahren	172
IV. Grenzüberschreitende Fälle und Attraktivität des Justizstandorts	173
V. Fazit	174
D. Repräsentation	175
I. Funktion des Repräsentanten	175
II. Subjekt	175
1. Gruppenmitglied	176
2. Private Organisation	177
a) Anerkennung von <i>ad hoc</i> -Organisationen	177
b) Anforderungen an die Organisation	179
III. Ernennung	181
IV. Vertretungsbefugnis	183
1. Dogmatische Begründung der Vertretungsbefugnis	183
a) Stellvertretung und Geschäftsführung ohne Auftrag	184
b) Spezialgesetzliche Vertretungsbefugnis	185
2. Konkretisierung der Stellung des Repräsentanten	186
V. Überwachung	189
1. Überwachung des Repräsentanten	189
2. Überwachung des anwaltlichen Vertreters	191

3. Überwachung des Prozessfinanzierers	192
VI. Fazit	193
E. Angemessenheit des Vergleichs	194
I. Notwendigkeit der Überprüfung des Gruppenvergleichs.....	194
II. Prüfungskriterien.....	195
1. Gegenüberstellung von Vergleichsangebot und mutmaßlichem Leistungsurteil	196
2. Umfang der Beweisermittlung bzw. des Informationsstands	197
3. Komplexität und Kosten eines oder mehrerer streitiger Verfahren	197
4. Reaktion der Gruppe	197
5. Einschätzung von Experten	198
6. Missbrauchs- und Übervorteilungskontrolle	198
7. Angemessenheit der Honorare und Erfolgsbeteiligungen	199
III. Privatautonomie und richterliche Kontrolle im Gruppenvergleich	199
IV. Faktische Grenzen der gerichtlichen Überprüfung	202
V. Fazit	203
F. Kosten.....	203
I. Bedeutung und Modelle der Kostentragung	203
II. Finanzierungsszenarien nach geltendem Recht	204
III Zulassung des reinen Erfolgshonorars <i>de lege ferenda</i> ?	208
IV. Überprüfung der Honorar- und Finanzierungsvereinbarungen	210
V. Fazit	213

Schluss

Endergebnis und Ausblick	214
 Anhang 1: Übersicht zum typischen Ablauf der Gruppenvergleichsverfahren	220
Anhang 2: Verzeichnis abgeschlossener WCAM- und KapMuG- Gruppenvergleichsverfahren	222
 Literaturverzeichnis.....	225
Materialienverzeichnis	253
Sachregister	257

Abkürzungsverzeichnis

a[Gesetz]	alte Fassung der betreffenden Bestimmung
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.A.	anderer Ansicht
AB	Amtliches Bulletin
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/ Europäischen Union
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Österreich
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Advies RvS	Advies Raad van State en nader raport
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AJIL	The American Journal of International Law
AJP	Aktuelle juristische Praxis
AK	Alternativkommentar
AMCL ^{4th}	Annotated Manual for Complex Litigation, Fourth (Edition)
Anm.	Anmerkung
ANNALS	The Annals of the American Academy of Political and Social Science
Ariz. L. Rev.	Arizona Law Review
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
Aufl.	Auflage
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade
AwR	Anwaltsrevue
Az.	Aktenzeichen
aZPO	kantonale ZPO (aufgehoben)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BBl.	Bundesblatt
B.C.L. Rev.	Boston College Law Review
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
bespr.	besprochen
betr.	betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, Deutschland
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Publizierte Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts

BGer	Bundesgericht
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte
BGG	Bundesgerichtsgesetz
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof
BJ	Bundesamt für Justiz
BK	Berner Kommentar (Lit.-Verz.: Berner Kommentare)
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BR	Bundesrat/Bundesrätin
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
Brook. L. Rev.	Brooklyn Law Review
BSK	Basler Kommentar (Lit.-Verz.: Basler Kommentare)
bspw.	beispielsweise
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek
bzw.	beziehungsweise
CAN	Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung
CHF	Schweizer Franken
C.J.Q.	Civil Justice Quarterly
CML Rev.	Common Market Law Review
Colo.	Colorado
Colum. J. Eur. L.	Columbia Journal of European Law
CYELS	Cambridge Yearbook of European Legal Studies
D.	District (Court)
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb
D.C.	District of Columbia
Del.	Delaware
DePaul L. Rev.	DePaul Law Review
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DRB	Deutscher Richterbund
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drs.	Drucksache
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz
dt.	deutsch
Duke J. Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative & International Law
Duke L.J.	Duke Law Journal
dUWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Deutschland
dZPO	Deutsche Zivilprozessordnung
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E.	Erwägung
ebd.	ebenda
EBLR	European Business Law Review

E-BW	Entwurf Burgerliik Wetboek
ECHR	European Commission of Human Rights
ECL	European Company Law
ECLI	European Case Law Identifier
E.D.	Eastern District
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EIPR	European Intellectual Property Review
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
EK	Eerste Kamer der Staten-Generaal
Emory L.J.	Emory Law Journal
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Erl.	Erläuterung
ERPL	European Review of Private Law
E-Rv	Entwurf Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
et al.	und andere
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung)
EuLF	The European Legal Forum
euvr	Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht
EuZVO	Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedsstaaten (Zustellung von Schriftstücken) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates
EWCA	England and Wales Court of Appeal
EWHC	High Court of England and Wales
f./ff.	und folgende (Seiten, Noten, etc.)
F., F.2d	Federal Reporter (Sammlung von Entscheidungen der Bundesberufungsgerichte, 1. & 2. Serie)
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Deutschland
F.Appx.	Federal Appendix (West)
FCA	Federal Court of Australia
FIDLEG	Finanzdienstleistungsgesetz (Vorentwurf: VE-FIDLEG, Entwurf: E-FIDLEG)
FINIG	Finanzinstitutsgesetz
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FIP	Tijdschrift voor Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk
Fla.	Florida

Fla. St. U. L. Rev.	Florida State University Law Review
Fn.	Fußnote
FRC	Fédération Romande des Consommateurs
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure
F.R.D.	Federal Rules Decisions
FS	Festschrift
F.Supp./F.Supp.2d	Federal Supplement (Sammlung von Entscheidungen der erstinstanzlichen Bundesgerichte [District Courts], 1. & 2. Serie)
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung
Fw	Faillissementswet
GA	Generalanwalt
Ga.	Georgia
G.C.L.R.	Global Competition Litigation Review
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review
GesE	Gesetzesentwurf
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GH	Gerechtshof
gl.M.	gleicher Meinung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HAVE	Haftung und Versicherung
HCA	High Court of Australia
HGB	Handelsgesetzbuch
HGer ZH	Handelsgericht Zürich
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HR	Hoge Raad
Hrsg.	Herausgeber
Hw.	Hinweis(e)
HZÜ	Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen
i.e.	id est
IIC	International review of industrial property and copyright law
IJPL	International Journal of Procedural Law
Ill.	Illinois
ILQ	The International Law Quarterly
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts

i.S.v.	im Sinne von
JELS	Journal of Empirical Legal Studies
J.L. Econ. & Pol'y	Journal of Law, Economics & Policy
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
J.I.B.L.R.	Journal of International Banking Law and Regulation
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristen Zeitung
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen
Kan. L. Rev.	Kansas Law Review
Kap.	Kapitel
KapMuG	Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz
KG	Kammergericht (Oberlandesgericht, Deutschland)/ Kantonsgericht, Schweiz/ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Schweiz
KK	Kölner Kommentar (Lit.-Verz.: Hess et al. [Hrsg.])
KOM	Europäische Kommission
Komm	Kommentar
krit.	kritisch(e)
KUKO	Kurzkommentar (Lit.-Verz.: Kurzkomentare)
La.	Louisiana
La. L. Rev.	Louisiana Law Review
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
LG	Landesgericht
lit.	littera
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer, seit Juni 2013 ersetzt durch ECLI
L.Q.R.	Law Quarterly Review
LugÜ	Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen)
M.D.	Middle District
MDL	Multidistrict Litigation
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
Mia.	Milliarden
Mich.	Michigan
Mio.	Millionen
Miss. C. L. Rev.	Mississippi College Law Review
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
Mo.	Missouri
MüKo	Münchener Kommentar (Lit.-Verz.: Münchener Kommentare)
MvA	Memorie van Aantwoord
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen

N	Note
NaV	Nota naar aanleiding van het Verslag
N.D.	Northern District
NE	(Kanton) Neuchâtel
Nev.	Nevada
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs- Report
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
NR	Nationalrat/Nationalrätin
Nr.	Nummer
NVvR	Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
Nw.	Nachweis(e)
Nw. J. Int'l L. & Bus.	Northwestern Journal of International Law & Business
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.	New York
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OGer	Obergericht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
ONSC	Ontario Superior Court of Justice
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizeri- schen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht
öZPO	Zivilprozessordnung, Österreich
Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.	Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal
Penn.	Pennsylvania
Penn St. L. Rev.	Penn State Law Review
Pra	Die Praxis (Entscheidungen des Schweizerischen Bun- desgerichts)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
RefE	Referentenentwurf
Rev. Litig.	The Review of Litigation
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parla- ments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parla- ments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf au- ßervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)

Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
RZ	Österreichische Richterzeitung
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
Saint John's L. Rev.	Saint John's Law Review
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
S.Ct.	Supreme Court Reporter (Inoffizielle Sammlung von Entscheidungen des Supreme Court)
S.D.	Southern District
SG	St. Gallen
SG Komm	St. Galler Kommentar (Lit.-Verz.: Ehrenzeller et al. [Hrsg.])
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Stb.	Staatsblad
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht
Tex.	Texas
TK	Tweede Kamer der Staten-Generaal
TOP	Tijdschrift voor de Ondernemingspraktijk
Trema	Tijdschrift voor de rechterlijke macht
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken
TvCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TvFR	Tijdschrift voor Financieel Recht
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
u.a.	und andere
U. Chi. Legal F.	University of Chicago Legal Forum
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Cin. L. Rev.	University of Cincinnati Law Review
U.C. Davis L. Rev.	University of California Davis Law Review
UCLA L. Rev.	University of Los Angeles Law Review
UkLaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen, Deutschland
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	United States/ Sammlung der Entscheidungen des Supreme Courts (<i>United States Reports</i>)
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
U.S.C.	United States Code
usf.	und so fort

u.U.	unter Umständen
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	versus
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VbR	Zeitschrift für Verbraucherrecht
V.-Dt.	Veröffentlichungsdatum
VE	Vorentwurf
VEB	Vereniging van Effectenbezitters
VersRAI	Versicherungsrecht: Beilage Ausland
VerwGer	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
vol.	Volume
Vorb.	Vorbemerkung
VR	Die Versicherungsrundschau
VS	(Kanton) Wallis
VuR	Verbraucher und Recht, Baden-Baden
VvW	Voorstel van Wet
VZBV	Verbraucherzentrale Bundesverband
V&O	Vennootschap & Onderneming
Wash. U. L. Q.	Washington University Law Quarterly (seit 2006: Wash. U. L. Rev.).
Wash. U. L. Rev.	Washington University Law Review
WCAM	Wet collectieve afwikkeling massaschade
WL	Westlaw (inoffizielle Rechtsprechungssammlung)
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZaK	Zivilrecht aktuell
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung/ (Kanton) Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZH	(Kanton) Zürich
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar (Lit.-Verz.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.])
ZKM	Zeitschrift für Konfliktmanagement

ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

Einleitung

A. Problemstellung

Der Zivilprozess ist traditionell auf den Individualrechtsschutz ausgerichtet. Im Kontext moderner Industrie-, Konsum- und Verkehrsgesellschaften mit komplexen, oft viele Menschen betreffenden Schadensfällen wurde zunehmend deutlich, dass die klassischen zivilprozessualen Instrumente ihre Schutzfunktion nur unzureichend erfüllen können und der Ergänzung durch Verfahrensinstrumente bedürfen, die auf kollektive Rechtsdurchsetzung ausgerichtet sind.¹ Der Begriff „Kollektiver Rechtsschutz“ steht für (zivil-)prozessuale Instrumente zur einheitlichen Erledigung von zahlreichen gleichen oder gleichartigen Leistungs-, Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsansprüchen.² Solche Instrumente kollektiven Rechtsschutzes aber, das zeigen die Erfahrungen in unterschiedlichen Rechtsordnungen übereinstimmend, sind geprägt von eigenen, teilweise problematischen Gesetzmäßigkeiten, die nach differenzierten Regelungen und Schutzmechanismen verlangen. Um einige Probleme wie auch um die Möglichkeiten zur Regelung eines dieser Verfahren soll es vorliegend gehen.

Gemeinhin wird unterschieden zwischen zwei Arten von Schadensereignissen, deren Bewältigung Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes erfordert: Bei Massenschäden erleiden zahlreiche Personen im Zuge eines Schadensereignisses (zum Beispiel Unfälle, aber auch Kapitalmarktdelikte) oder mehrerer in einem Zusammenhang stehender Schadensereignisse (etwa aufgrund von fehlerhaften Medikamenten oder Fahrzeugen) wertmäßig erhebliche, gleiche oder gleichartige Eingriffe in ihre Rechtsgüter. Schreiten sie zur Rechtsverfolgung, kann es rasch zu einander widersprechenden Entscheidungen, zu einer Überlastung der Gerichte und infolgedessen zu erheblichen Verfahrensverzögerungen kommen.³ Bei Streuschäden erleidet demgegenüber eine Vielzahl von Personen Schäden von derart geringem Wert⁴ (zum Beispiel überhöhte

¹ Meller-Hannich/Höland, DRiZ 2011, 164; Janssen, S. 5 f.; vgl. auch 3. Teil, B.II.1.

² Vgl. statt vieler Bruns, Gruppenklagen, S. 257.

³ Vgl. für ein anschauliches Beispiel 2. Teil, C.I.1; zu den Erfahrungen in den USA *Coffee*, 95 Colum. L. Rev. 1343, 1384 ff. (1995); vgl. auch Wagner, Kollektiver Rechtsschutz, S. 54 ff.; Micklitz/Stadler, Notwendigkeit, S. 18 f.

⁴ Zur schwierigen Abgrenzung von Bagatell- und Streuschäden Lange, S. 13 ff.

Produktpreise wegen kartellrechtswidrigen Verhaltens der Anbieter), dass sie wegen des Missverhältnisses zwischen der Schadenshöhe und dem mit einer Klage verbundenen Kosten- und Zeitaufwand aus „rationalem Desinteresse“ bzw. „rationaler Apathie“ auf eine Rechtsdurchsetzung verzichten.⁵ Diese beiden Szenarien können sich indes überlagern.⁶

Allgemeines Ziel des kollektiven Rechtsschutzes ist es, in diesen Problemlagen den verfassungs- und konventionsrechtlich geschützten Justizgewährungsanspruch der Betroffenen zu garantieren.⁷ Ebenfalls Ziel ist insbesondere bei Streuschäden der Ausgleich und die Prävention unrechtmäßiger Verhaltensweisen im öffentlichen Interesse⁸, wobei vor allem in Europa umstritten ist, inwiefern der Zivilprozess zur Verfolgung dieser Ziele eingesetzt werden kann und soll.⁹

Neben der bekanntesten und zugleich umstrittensten Form, der US-amerikanischen *class action*, existieren weltweit unterschiedliche Formen von Gruppen- und Verbandsklagen, Musterverfahren, Gruppenvergleichsverfahren und weiteren besonderen Verfahrensordnungen. In Europa wurden die meisten dieser Klage- und Verfahrensarten in den vergangenen 20 Jahren geschaffen.¹⁰ Zur Vereinheitlichung des Rechtsschutzstandards dieser Verfahren in der Europäischen Union hat die Kommission im Jahr 2013 eine unverbindliche Empfehlung über „gemeinsame Grundsätze“¹¹ zum kollektiven Rechtsschutz veröffentlicht, welche von den Mitgliedstaaten innerhalb kurzer Frist – bis Juli

⁵ Vgl. Schäfer, S. 68 ff.; Domej, ZJP 125 (2012), 421; Wagner, Kollektiver Rechtsschutz, S. 51 ff.

⁶ Schäfer, S. 70; Domej, ZJP 125 (2012), 421, 422.

⁷ Domej, ZJP 125 (2012), 421, 422; KUKO ZPO-Weber, Ph., Art. 89 N 5a; Lange, S. 95 ff.; zum Justizgewährungsanspruch näher 3. Teil, B.II.1.

⁸ Wagner, Kollektiver Rechtsschutz, S. 47 ff.; Meller-Hannich, Effektivität, S. 34 ff.

⁹ Vgl. nur Heinemann, Enforcement, S. 300 ff.; Reimann, S. 105 ff.; Stürner, ZJP 127 (2014), 271, 315.

¹⁰ Eine wichtige Ausnahme bildet die Verbandsklage, vgl. zur Entwicklung in der Schweiz Thévenoz, S. 141 ff.; Berni, S. 60 ff.; in Deutschland Greger, ZJP 113 (2000), 399, 401 f.; in Österreich Schoibl, ZfRV 1990, 3, 8 ff.; rechtsvergleichend Koch, ZJP 113 (2000), 413, 417 ff. Vgl. für einen (nicht mehr ganz aktuellen) globalen Überblick existierender Kollektivverfahren Karlsgodt (Hrsg.), *World Class Actions: A Guide to Group and Representative Actions around the Globe*, Oxford/New York 2012.

¹¹ Empfehlung der Kommission vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, 2013/396/EU, ABl. 2013, L 201/60 (nachfolgend: Kommission, Empfehlung 2013); ausführlich zum Entstehungsprozess Stadler, GPR 2013, 281 ff.; zur Unverbindlichkeit Art. 288 Abs. 5 AEUV.

2015 – unter „Achtung der verschiedenen Rechtstraditionen“ hätten „integriert“ werden sollen.¹² An der Divergenz bereits existierender Kollektivverfahren ebenso wie an den anderenorts durchaus noch bestehenden Rechtsschutzdefiziten hat die Empfehlung aber bislang noch relativ wenig geändert.¹³

Im Unterschied zu den dynamischen Entwicklungen in den europäischen Nachbarländern sind Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz noch kaum entwickelt. Im Gesetzgebungsprozess zur ZPO wurde, obschon in diesem Zusammenhang ein Problembewusstsein grundsätzlich vorhanden war¹⁴, auf die Einführung eines neuen Prozessrechtsinstituts im Wesentlichen mit der Begründung verzichtet, dass es „mehr Probleme schafft als löst“.¹⁵ Stattdessen erachtete man das Potential der Streitgenossenschaft und der Verbandsklage als ausreichend. Offenbar war der Blick bei den Gesetzgebungsarbeiten recht einseitig auf die – in der Tat vielfältigen¹⁶ – Probleme der US-amerikanischen *class action* gerichtet.¹⁷

Die Bestrebungen fast aller europäischen Staaten zur Einführung von Verfahren kollektiver Rechtsdurchsetzung, die Ereignisse im Zusammenhang mit der Finanzkrise um das Jahr 2008¹⁸ und wohl nicht zuletzt auch die Bewältigung von z.T. überwiegend „schweizerischen“ Massenschäden mithilfe ausländischer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes¹⁹ haben seither zu einem Umdenken geführt: Mit dem Bericht „Kollektiver Rechtsschutz in der

¹² Vgl. Kommission, Empfehlung 2013, S. 61 (Rz. 13), 65 (Nr. 38).

¹³ Siehe Stadler, ZfPW 2015, 61 ff.; vgl. aber auch Voet, VbR 2015, 153 ff.

¹⁴ Vgl. Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission (2003), S. 45 f.; Motion NR *Jutetz* v. 28.9.1998, Nr. 98.3401; Botschaft GestG, BBl 1998, 2829, 2866 f.; Erläuternder Bericht Revision Haftpflichtrecht (1999), S. 17, 47. Für einschlägige Literatur bis zur Publikation des Berichts zum Vorentwurf der ZPO vgl. Stark/Knecht, ZSR 1978 I, 51 ff.; Tercier, S. 229 f.; Stoffel, S. 497 ff.; Thévenoz, S. 139 f.; Romy, Litiges, passim; dies., Massenschäden, S. 177 ff.; Gauthier, S. 47 ff.; Baumgartner, Class Actions, S. 111 ff.; Walter, G., 11 Duke J. Comp. & Int'l L. 369 ff. (2001).

¹⁵ Botschaft ZPO, BBl 2006, 7221, 7224.

¹⁶ Vgl. 2. Teil, A.III.

¹⁷ Botschaft ZPO, BBl 2006, 7221, 7290; Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission (2003), S. 15, 45 f.; dazu krit. Oberhammer, FS Kramer (2004), S. 1047; Schwander, ZZZ 2004, 3, 14.

¹⁸ Vgl. dazu FINMA-Vertriebsbericht 2010, S. 60; Fragestunde NR Wintersession 2010 (NR Bischof und BR Sommaruga), 6.12.2010, AB Nr. 10.5511; Motion NR *Birrer-Heimo* v. 30.9.2011, Nr. 11.3977; Motion NR *Schwaab* v. 7.3.2013, Nr. 13.3052; Bernet/Hess, AwR 2012, 451, 455; *Contratto*, AJP 2012, 217 ff.

¹⁹ Vgl. dazu das Verfahren *Converium* in Anhang 2 (S. 222). Im aktuellen VW-Diesel-Skandal empfiehlt die Stiftung für Konsumentenschutz Käufern eines betroffenen Fahrzeugs die Teilnahme an einem etwaigen niederländischen Gruppenvergleich, vgl. <www.konsumentenschutz.ch> → Themen → Konsumentenrechte → Beschwerden und Klagen (7.5.2017); <www.stichtingvolkswagencarclaim.com> (7.5.2017); parallel dazu versuchen Investoren, eine Entschädigung für Kursverluste auszuhandeln, vgl. <www.stichtingvolkswagen-investorsclaim.com> (7.5.2017).

Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten“ hat sich der Bundesrat im Jahr 2013 erstmals umfassend mit dem Problem von Massen- und Streuschäden auseinandergesetzt und überraschend deutlich Stellung genommen.²⁰ In Übereinstimmung mit der überwiegenden Auffassung in der Literatur²¹ werden im Bericht des Bundesrats Defizite im Rechtsschutzsystem konstatiert und im Einzelnen aufgezeigt.²² Neben Vorschlägen zu punktuellen Änderungen im geltenden Recht wird im Bericht empfohlen, mit Blick auf die Einführung zusätzlicher Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes primär das deutsche und das niederländische Regelungskonzept näher auf ihre jeweilige Vereinbarkeit mit der schweizerischen Rechtsordnung hin zu prüfen.²³

Von einer parlamentarischen Motion damit beauftragt, die Möglichkeiten kollektiver Rechtsdurchsetzung zu erweitern²⁴, legte der Bundesrat bereits im Juni 2014 im Rahmen des Regulierungsprojekts für ein Finanzdienstleistungs- und ein Finanzinstitutsgesetz (FIDLEG, FINIG) erste Regelungsvorschläge zur Verbesserung der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche im Bereich von Finanzdienstleistungen vor.²⁵ Vorgeschlagen wurden im Vorentwurf FIDLEG unter anderem die Einrichtung eines ständigen Schiedsgerichts oder eines Prozesskostenfonds sowie die Einführung einer zusätzlichen Verbandsklage und eines Gruppenvergleichsverfahrens.²⁶ Nach vehementer Opposition in der Vernehmlassung²⁷ verblieben davon vorerst das Gruppenvergleichsverfahren und

²⁰ Vgl. Bundesrat, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bericht v. 3.7.2013 (nachfolgend: Bundesrat, Bericht 2013).

²¹ Vgl. die Hw. in Fn. 14 sowie Baumgartner, 27 Nw. J. Int'l L. & Bus. 301, 308 ff. (2007); Bühler, NZZ v. 9.6.2010, S. 21; Brunner, Verband, S. 144 ff.; Contratto, AJP 2012, 217 ff.; Domej, ZZP 125 (2012), 421 ff.; Heinemann, Verantwortlichkeit, S. 146 f.; Kölz, ZBJV 149 (2013), 865, 871; Krauskopf/Schaller, S. 299; Haberbeck, Jusletter v. 24.3.2014, Rz. 5 ff.; Wyss, Jusletter v. 16.2.2015, Rz. 77 ff.; Müller, K., ZBJV 151 (2015), 801, 814 ff.; Bohrer, GesKR 2014, 318, 330; Perucchi, AJP 2011, 489 ff.; Gordon-Vrba, S. 212 ff.; zurückhaltender Walter, H. P., ZSR 2008 I, 99, 134; Dickenmann, AwR 2009, 467, 470; Droese, S. 133 ff.; Bernet/Hess, AwR 2012, 451, 456; ablehnend Nobel/Sauerwein, SZW 2011, 283, 290; Bohnet, SZP 2013, 439, 447.

²² Bundesrat, Bericht 2013, S. 55 f.

²³ Bundesrat, Bericht 2013, S. 57 f.

²⁴ Vgl. Motion NR Birrer-Heimo v. 27.9.2013, Nr. 13.3931; Bericht der Kommission für Rechtsfragen v. 3.4.2014 zur Motion Nr. 13.3931 (Birrer-Heimo).

²⁵ Vgl. Vernehmlassungsvorlage/Vorentwurf FIDLEG (2014); Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 18 ff., 80 ff.

²⁶ Vgl. Art. 85 ff. VE-FIDLEG; dazu Rehm/Werlen, S. 87 ff.; Bohrer, GesKR 2014, 318, 328 ff.; Müller, K., ZBJV 151 (2015), 801, 817 ff.

²⁷ Vgl. Bericht Vernehmml. FIDLEG/FINIG v. 13.3.2015, S. 10 f., 36 ff.

die Verbandsklage, die – wenn überhaupt – beide in die ZPO „integriert“ werden sollen; ein neuer Entwurf liegt bisher nicht vor.²⁸ Die skizzierten Entwicklungen zeigen, dass die Diskussion über die Notwendigkeit und über die konkrete Ausgestaltung von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes auch in der Schweiz in Gang gekommen ist, im internationalen Vergleich aber noch am Anfang steht.

Die vorliegende Arbeit möchte einen Beitrag zu dieser Diskussion leisten. Im Mittelpunkt der Untersuchung steht der Vergleich als Form einvernehmlicher Streiterledigung, die, so zeigen es die Erfahrungen im Ausland, bei der Bewältigung von Massen- und Streuschäden von herausragender Bedeutung ist. Eine der Ursachen dafür liegt im Umstand, dass ebenso wie der klassische Zivilprozess auch das materielle Zivilrecht auf die individuelle Anspruchsprüfung zugeschnitten ist und sich dementsprechend zur effizienten Bereinigung zahlreicher gleichgerichteter Ansprüche nur begrenzt eignet.²⁹ Der Vergleich bietet einen Lösungsansatz für dieses Problem, weil sich die Parteien – vereinfacht ausgedrückt – anstelle einer gerichtlichen Klärung der zahlreichen Ansprüche mehr oder weniger autonom auf eine in Verhandlungen errungene Lösung des Rechtsstreits einigen. Vergleiche dieser Art werden in der Literatur unter den Begriffen „Sammelvergleich“, „Massenvergleich“, „kollektiver Vergleich“ oder (in der Schweiz nun überwiegend) „Gruppenvergleich“ thematisiert.³⁰ Innerhalb der Diskussion zum kollektiven Rechtsschutz werfen solche Vereinbarungen eine Reihe spezifischer Fragen auf, namentlich zum Justizgewährungsanspruch der Geschädigten wie auch des Schädigers³¹, zum Schutz bzw. zur Verwirklichung von deren Privatautonomie oder zur Notwendigkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Vereinbarungen; diesen Fragen ist in der vorliegenden Arbeit besonderes Gewicht beizumessen. Leitgedanke soll die Frage sein, unter welchen Bedingungen sich generell das Rechtsinstitut des Vergleichs und im Besonderen ein formelles Gruppenvergleichsverfahren zur

²⁸ Vgl. die Medienmitteilungen zum Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstituts-gesetz v. 13.3.2015, 24.6.2015 und 4.11.2015, abrufbar auf <www.admin.ch> → Dokumentation → Medienmitteilungen (7.5.2017). Zum aktuellen Stand des Regulierungsprojekts vgl. Entwurf FIDLEG, BBl 2015, 9093 ff.; Botschaft FIDLEG, BBl 2015, 8901 ff.

²⁹ Vgl. *Stürmer*, ZZPInt 17 (2012), 259, 287; *ders.*, ZZP 127 (2014), 271, 314 f.; *Stadler*, VbR 2015, 145, 146; *Domej*, ZZP 125 (2012), 421, 455 f.; vgl. auch *Oberhammer*, Gutachten ÖJT 2015, S. 142 ff.; vgl. dazu auch 3. Teil, B.II.2.

³⁰ Vgl. *Klauser*, VbR 2015, 182, 184; *Oberhammer*, Gutachten ÖJT 2015, S. 116; *Contratto*, AJP 2012, 217, 224; *Müller*, K., ZBJV 151 (2015), 801, 805; *Bernet/Hess*, AwR 2012, 451; Bundesrat, Bericht 2013, S. 3, 39; *Bohnet*, SZPP 2013, 439, 441; *Kölz*, ZBJV 149 (2013), 865, 870. Zur Definition des Gruppenvergleichs näher 1. Teil, B.I.

³¹ Der Einfachheit halber ist im Folgenden grundsätzlich von „Geschädigten“, „Schädigern“, „Ansprüchen“, etc., die Rede – selbstverständlich ist die Begründetheit der Ansprüche zunächst ungeklärt.

Korrektur des gegenwärtigen Rechtsschutzdefizits und zur Prävention von Störungen des schweizerischen Justizsystems³² eignen würde.

B. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung ist in drei Teile gegliedert. Gegenstand des ersten Teils ist der Abschluss eines Vergleichs und eines Gruppenvergleichs unter den Bedingungen des geltenden Rechts. Ohne fundierte Kenntnis des Zweiparteienvergleichs ist das Wesen des Gruppenvergleichs nur unvollständig erfassbar. Ausgangspunkt der Arbeit ist deshalb eine kurze Darstellung wesentlicher Aspekte des gerichtlichen und außergerichtlichen Vergleichs in herkömmlichen Zweiparteienkonstellationen. Anschließend wird untersucht, unter welchen Bedingungen bereits nach geltendem Recht Massen- und Streuschäden mithilfe gerichtlicher und außergerichtlicher Gruppenvergleiche bereinigt werden können.

Im zweiten Teil folgen Länderberichte über existierende formelle Gruppenvergleichsverfahren der USA, der Niederlande und Deutschlands. Die Auswahl dieser drei Rechtsordnungen erfolgte unter anderem aufgrund des Umstands, dass die US-amerikanische *settlement (-only) class action* als Vorbild für das niederländische WCAM-Verfahren diente, welches wiederum als Vorbild für die Ergänzung des deutschen KapMuG-Verfahrens um ein Gruppenvergleichsverfahren herangezogen wurde. Mit Blick auf den stark am WCAM orientierten Regelungsvorschlag für ein Gruppenvergleichsverfahren im Vorentwurf zum FIDLEG schien es sinnvoll, das im Jahr 2013 revidierte WCAM-Verfahren vergleichsweise ausführlich darzustellen.

Gegenstand des dritten Teils endlich sind einige ausgewählte Kernprobleme von Gruppenvergleichsverfahren. Sie werden stets mit Bezug zum schweizerischen Recht sowie zum bereits erwähnten Regelungsvorschlag für ein Gruppenvergleichsverfahren im FIDLEG diskutiert. Neben „klassischen“ Problemen des kollektiven Rechtsschutzes wie jenem der Dualität von *opt-in* und *opt-out*, der Ausgestaltung der Repräsentation oder der Regelung der Kosten, werden auch spezifische, in der Literatur teilweise noch wenig diskutierte Fragen zu gerichtlichen Gruppenvergleichsverfahren erörtert, namentlich deren Verhältnis zu kontradiktorischen Verfahren kollektiver Rechtsdurchsetzung. Der Schwerpunkt liegt allerdings bei (reinen) Gruppenvergleichsverfahren. Auf eine eingehende Diskussion der Probleme von kontradiktorischen Gruppenklageverfahren wird bewusst verzichtet.

³² Zu diesem Motiv näher Bundesrat, Bericht 2013, S. 51.

Erster Teil

Vergleich und Gruppenvergleich nach geltendem Recht der Schweiz

A. Der gerichtliche Vergleich als Rechtsschutzalternative

I. Begriff und Wesenszüge des Vergleichs

Der Vergleich gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts als „Vertrag, mit dem ein Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen beigelegt wird“.¹ Durch freiwillige Rechtsausübung, etwa durch punktuelle Schuldanerkennung und Forderungsverzicht², wird das strittige bzw. ungewisse Rechtsverhältnis zu einem unbestrittenen umgestaltet.³ Die Parteien verzichten mithin auf eine autoritative Feststellung des materiellen Rechts in einem gerichtlichen Urteil und unterwerfen ihre Rechtsbeziehung autonom einer neuen Regelung.⁴

Der Vergleich gründet auf der Privatautonomie, d.h. auf der prinzipiellen „Freiheit der einzelnen Rechtssubjekte, ihre Lebensverhältnisse nach ihrem eigenen Willen rechtsgeschäftlich zu gestalten“.⁵ Während im materiellen Recht die Vertragsfreiheit des Obligationenrechts (Art. 19 Abs. 1 OR)⁶ den Abschluss eines Vergleichsvertrags ermöglicht, gewährleistet im Prozessrecht die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO)⁷ den Parteien, frei zu entscheiden,

¹ BGE 105 II 273, E. 3a; BGE 95 II 419, E. 2b; BGE 130 III 49, E. 1.2; zu den einzelnen Elementen der Definition *Platz*, S. 10 ff. Im schweizerischen Recht existiert auf Bundesebene keine gesetzliche Definition des Vergleichs; vgl. aber die Regelungen im alten kantonalen Prozessrecht: Art. 178 aZPO/NE, § 76 aZPO/ZG; vgl. auch § 779 BGB, § 1380 ABGB.

² Siehe BGE 25.10.2005, 4C.268/2005, E. 2.1; *Gauch*, S. 6; *Schluep*, S. 947; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*, Rz. 750; *Platz*, S. 12 f.; *Hünerwadel*, S. 62 f.

³ *Gauch*, S. 4; *Meier-Hayoz*, SJZ 1953, 117, 118; *Platz*, S. 9.

⁴ Vgl. BGE 60 II 56, 57 f.; *Meier-Hayoz*, SJZ 1953, 117, 118; *Hünerwadel*, S. 7; *Platz*, S. 9.

⁵ BK ZGB-Riemer, Art. 63 N 43; BGE 127 III 449, E. 3c; vgl. auch BVerfG, 19.10.1993, NJW 1994, 36, 38.

⁶ Dazu BGE 129 III 35, E. 6.1; BGE 127 III 449, E. 3c.

⁷ Zu Einschränkungen der Dispositionsmaxime vgl. I. Teil, A.I.1.b.

ob und wann sie Klage einreichen – aber auch, den einmal eingeleiteten Prozess durch Klageanerkennung, Klagerückzug oder Vergleich noch vor Erlass eines Urteils zu beenden.⁸

1. Gerichtlicher Vergleich

a) Begriff, Abgrenzungen und praktische Bedeutung

Ein Vergleich wird als gerichtlicher Vergleich oder auch Prozessvergleich⁹ bezeichnet, wenn er im Verlauf des Verfahrens entweder vor der mit dem Prozess befassten Instanz abgeschlossen wird oder wenn er – sofern sich die Parteien außerhalb des anhängigen Verfahrens geeinigt haben – zu Protokoll gegeben wird, um den Prozess unmittelbar zu beenden (Art. 241 ZPO).¹⁰ Er ist sowohl privatrechtlicher Innominatkontrakt als auch Institut des Prozessrechts¹¹ und entfaltet als sog. Urteils- bzw. Entscheidungsurrogat¹² jedenfalls in Bezug auf die Sperrwirkung und die Vollstreckbarkeit dieselbe Wirkung wie ein gerichtlicher Sachentscheid.¹³ Mit Blick auf das Urteil ist der gerichtliche Vergleich demnach eine Rechtsschutzalternative¹⁴: Der Kläger verfügt nunmehr über einen Vollstreckungstitel, während der Beklagte vor Inanspruchnahme geschützt ist, die über das im Vergleichsvertrag Zugestandene hinausgeht.¹⁵

Die einheitliche Regelung von gerichtlichem Vergleich, Klageanerkennung und Klagerückzug in Art. 241 ZPO (und Art. 208 ZPO) zeugt davon, dass die drei Rechtsinstitute eng miteinander verwandt sind.¹⁶ Klageanerkennung und Klagerückzug sind allerdings einseitige Willenserklärungen¹⁷ und beziehen

⁸ KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 58 N 1; Guldener, S. 148; Wagner, Prozessverträge, S. 60 ff., 89; Gaul, AcP 168 (1968), 27, 51.

⁹ Vgl. zur Terminologie Atteslander-Dürrenmatt, S. 1.

¹⁰ Siehe KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 241 N 27; Guldener, S. 394; Habscheid, § 35 Rz. 428; zur historischen Entwicklung des gerichtlichen Vergleichs Atteslander-Dürrenmatt, S. 14 ff.

¹¹ BGE 110 II 44, E. 4; KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 241 N 27; für die dt. Rspr. BGH, 30.9.2005, NJW 2005, 3576, 3577; BGH, 28.6.1961, NJW 1961, 1817, 1818.

¹² Botschaft ZPO, BBl 2006, 7221, 7345; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 23 N 18; KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 241 N 1.

¹³ Vgl. BSK ZPO-Oberhammer, Art. 241 N 31 ff.; vgl. auch 1. Teil, A.I.1.b. Gleiches gilt für den von der Schlichtungsbehörde protokollierten Vergleich (Art. 208 ZPO), der bisweilen als Sonderfall des gerichtlichen Vergleichs bezeichnet wird: Platz, S. 123; vgl. demgegenüber Atteslander-Dürrenmatt, S. 24 f.

¹⁴ Vgl. Stürner, JR 1979, 133; Freund, DRiZ 1981, 221, 222; Wolf, ZJP 89 (1976), 260, 269; Schellhammer, Rz. 707; a.A. Röhl, S. 282.

¹⁵ Die Wirkungen des gerichtlichen Vergleichs – namentlich etwa mit Blick auf die materielle Rechtskraft – können aber je nach Rechtsordnung unterschiedlich sein, vgl. Atteslander-Dürrenmatt, S. 23 ff., 60 ff.; Frische, S. 7 ff.

¹⁶ Vgl. auch Habscheid, § 35 Rz. 428.

¹⁷ Atteslander-Dürrenmatt, S. 10.

sich stets auf einen konkreten Streitgegenstand, während der Vergleich ein zweiseitiger Akt ist und auch Streitfragen erledigen kann, die nicht den Prozessgegenstand betreffen.¹⁸ In der Praxis sind Klageanerkennung, Klagerückzug und gerichtlicher Vergleich als Erledigungsformen in Zivilverfahren von großer Bedeutung: Die Erledigungsquote beträgt je nach Verfahrensgegenstand zum Beispiel im Kanton Zürich zwischen 30 und 70 Prozent.¹⁹

b) Grundzüge der Voraussetzungen

Voraussetzung des gerichtlichen Vergleichs ist zunächst die Verfügbarkeit des Streitgegenstands. Entzogen oder zumindest eingeschränkt ist die Dispositionsfreiheit unter anderem bei bestimmten Rechten und Rechtsverhältnissen des Personen-, Familien-, Miet-, Arbeits- oder auch Aktienrechts.²⁰

Das vertragliche Element des Vergleichs erfordert Konsens, dessen Vorliegen nach den Regeln des Obligationenrechts zu beurteilen ist.²¹ Umstritten ist das Erfordernis gegenseitiger Zugeständnisse²²; nach herrschender Meinung genügt es, wenn sich das Nachgeben auf den Kosten- oder einen anderen Nebenpunkt beschränkt.²³ Trotz grundsätzlicher Bedingungsfeindlichkeit sind Genehmigungs- oder Widerrufsvorbehalte zulässig.²⁴

Vertreter können den Vergleich für die Parteien nach Maßgabe von Art. 32 ff. OR abschließen, wobei das in auftragsrechtlichen Verhältnissen explizite Erfordernis einer Sondervollmacht (Art. 396 Abs. 3 OR) nach herrschender Meinung generell, d.h. auch in anderen Rechtsverhältnissen, gelten soll.²⁵

Der Vergleich muss dem Gericht entweder mündlich zu Protokoll gegeben (Art. 241 Abs. 1 ZPO) oder schriftlich eingereicht und das Protokoll bzw. der Schriftsatz unterzeichnet werden.²⁶ Die Prozesserledigung durch Vergleich ist möglich bis zur Eröffnung des Entscheids und anschließend wieder im Rechtsmittelverfahren.²⁷

¹⁸ Guldener, S. 393; BSK ZPO¹-Oberhammer, Art. 241 N 3.

¹⁹ Vgl. Rechenschaftsbericht OGER ZH (2015), S. 113, 116, 127 f., 132 f., 139, 159; vgl. auch Tätigkeitsbericht Gerichtsbehörden und Staatsanwaltschaft Kanton Bern (2015), S. 29; Spühler, FS Sutter-Somm (2016), S. 617; Platz, S. 1 f.; Egli, S. 60 ff.

²⁰ BSK ZPO¹-Oberhammer, Art. 241 N 34 ff.; Bühler, S. 63 f.; Guldener, S. 395 f.

²¹ Vgl. BGE 124 II 8, E. 3b; Guldener, S. 394.

²² Vgl. etwa Berti, S. 111 f.; a.A. Gauch, S. 6 f.; zum Ganzen näher Platz, S. 12 ff.

²³ Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 207 N 2b; Platz, S. 13, m.w.H.

²⁴ BK ZPO-Killias, Art. 241 N 13; BSK ZPO¹-Oberhammer, Art. 241 N 4.

²⁵ BK ZPO-Sterchi, Art. 68 N 15; BSK ZPO-Steck, Art. 241 N 11; Maurer, M., S. 47. In der ZPO wurde Entsprechendes nur ansatzweise geregelt, vgl. Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO für das Schlichtungsverfahren; Platz, S. 34.

²⁶ BK ZPO-Killias, Art. 241 N 21 ff.; ZK ZPO-Liebster, Art. 241 N 12 f.

²⁷ BGE 91 II 146, E. 1; BK ZPO-Killias, Art. 241 N 3.

Die Rolle des Gerichts beschränkt sich, abgesehen von Bemühungen zur Förderung der Vergleichsbereitschaft der Parteien²⁸, grundsätzlich auf die Beurkundung des Vergleichs und die Feststellung der Prozess erledigung. Es überprüft – gegebenenfalls unter Ausübung der richterlichen Fragepflicht²⁹ – die Vollständigkeit und Klarheit des Vergleichs sowie offensichtlich gesetzes- oder sittenwidrige Abreden, nicht aber die Angemessenheit des Vereinbarten.³⁰ Eine Überprüfung der Angemessenheit erfolgt nur ausnahmsweise bei besonderen familienrechtlichen (Vergleichs-)Vereinbarungen (vgl. Art. 279 ZPO; Art. 287 und Art. 288 ZGB).³¹

Der gerichtliche Vergleich bewirkt zum einen die Beendigung des Verfahrens und zum anderen die Neuordnung der Rechtsbeziehung der Parteien. Die Beendigung des Verfahrens erfolgt unmittelbar durch den Abschluss des (gesetzeskonformen) Vergleichs und nicht erst durch den Abschreibungsbeschluss des Gerichts (Art. 241 Abs. 3 ZPO).³² Dieser ist deklaratorischer Natur, bildet aber gemeinsam mit der Vergleichsvereinbarung den Vollstreckungstitel.³³

Nach Art. 241 Abs. 2 ZPO hat der Vergleich die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids. Dabei sind die materiellrechtlichen Konsequenzen der Vergleichsvereinbarung – namentlich die Frage der Novation – durch Auslegung zu ermitteln.³⁴ Die durch den Vergleich begründeten Forderungen verjähren gemäß Art. 127 OR nach zehn Jahren.³⁵ Prozessual beschränkt sich die Rechtskraftwirkung des Vergleichs auf die Sperrwirkung bei gleichen Parteien und gleichem Streitgegenstand.³⁶ Die Vollstreckung richtet sich nach Art. 336 ZPO (i.V.m. Art. 241 Abs. 2 ZPO) und Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG.

Materiellrechtliche und prozessrechtliche Mängel können ausschließlich mit Revision nach Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO geltend gemacht werden.³⁷ Strittig

²⁸ Vgl. dazu 1. Teil, A.II.

²⁹ Vgl. BSK ZPO¹-Oberhammer, Art. 241 N 41.

³⁰ BGE 124 II 8, E. 3b; BGE 99 II 359, E. 3a; *Guldener*, S. 397; *Platz*, S. 143 ff.; *Atteslander-Dürrenmatt*, S. 31. Fraglich ist, ob eine offensichtlich unangemessene Vereinbarung nicht ohnehin gesetzes- oder sittenwidrig ist, vgl. dazu BGE 124 II 8, E. 3b; *Kummer*, S. 150. Vgl. dazu auch die umstrittene Aussage in der Botschaft ZPO, BBl 2006, 7221, 7337, wonach das Gericht überprüfen soll, ob eine Mediationsvereinbarung (Art. 217 ZPO) offensichtlich unangemessen ist; dazu *Platz*, S. 266 f. m.w.H.

³¹ Vgl. dazu BK ZPO-Spycher, Art. 279 N 20 ff.; KUKO ZGB-Michel, Art. 287 N 6 ff.; *Platz*, S. 219 ff.; (noch zum alten Recht) *Atteslander-Dürrenmatt*, S. 25 ff.

³² Sog. „Berner Modell“, vgl. BGE 139 III 133, E. 1.2; BGer, 17.6.2015, 5A_327/2015, E. 1.1; ZK ZPO-Liebster, Art. 241 N 17 f.; BSK ZPO-Steck, Art. 241 N 4.

³³ BK ZPO-Killias, Art. 241 N 33 ff.; BSK ZPO¹-Oberhammer, Art. 241 N 10, 23.

³⁴ *Gauch*, S. 13, 15; näher *Platz*, S. 55 ff.; vgl. demgegenüber BGE 105 II 273, E. 3a; für die dt. Rspr. BGH, 23.6.2010, NJW 2010, 2652, 2653.

³⁵ BGE 100 II 144, E. 2; *Gauch*, S. 15; *Platz*, S. 55.

³⁶ Vgl. BSK ZPO¹-Oberhammer, Art. 241 N 26 ff.; ZK ZPO-Liebster, Art. 241 N 18.

³⁷ BGE 139 III 133, E. 1.3; BGer, 17.6.2015, 5A_327/2015, E. 1.1; BGer 24.7.2014, 5A_348/2014 und 5A_364/2014, E. 3.2.

ist, ob dies auch dann gilt, wenn die Rüge nicht auf die Wirksamkeit des Vergleichs, sondern auf den Abschreibungsbeschluss zielt.³⁸

Die Kostentragung richtet sich nach dem Vergleich (Art. 109 Abs. 1 ZPO), subsidiär nach Art. 106–108 ZPO (Art. 109 Abs. 2 ZPO). Die Höhe der Gerichtskosten wird allerdings stets vom Gericht festgelegt³⁹ und in der Regel aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss bezogen (Art. 98 ZPO; Art. 111 ZPO), weshalb ihm – soweit der Vorschuss in der Vergleichsvereinbarung nicht berücksichtigt wurde – ein Recht zum Regress auf die Gegenpartei einzuräumen ist.⁴⁰

2. Außergerichtlicher Vergleich

Soweit der Vergleich dem Gericht weder eingereicht noch zu Protokoll gegeben wird, gilt er als außergerichtlicher Vergleich.⁴¹ Dieser ist ein rein materiellrechtlicher Innominatvertrag und grundsätzlich formlos gültig.⁴² Prozessuale Wirkungen vermag er nur mittelbar zu erzeugen: Ist zwischen den Parteien bereits ein Verfahren hängig, kann dieses wegen Gegenstandslosigkeit abgeschrieben werden, sofern die außergerichtliche Einigung dem Gericht mitgeteilt wird.⁴³ Abgeschrieben wird das Verfahren auch bei Klageanerkennung oder Klagerückzug infolge außergerichtlichen Vergleichs.⁴⁴ Ein außergerichtlicher Vergleich schafft keinen Vollstreckungstitel⁴⁵, ermöglicht aber – wie andere Verträge auch – gegebenenfalls die provisorische Rechtsöffnung (Art. 82 Abs. 1 SchKG).⁴⁶

II. Förderung des Vergleichs

Während die Fundierung des Vergleichs im Prinzip der Privatautonomie eindeutig und unbestritten ist, gehen die Meinungen bei der oft unter dem Leitsatz

³⁸ Vgl. ZK ZPO-Liebster, Art. 241 N 17a; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 328 N 26; Platz, S. 181 f.; a.A. OGer ZH, 18.3.2014, RU130067-O/U, m.w.H.; Kunz et al.-Hoffmann-Nowotny, Art. 308 N 36; vgl. auch BSK ZPO¹-Oberhammer, Art. 241 N 9, 12.

³⁹ OGer ZH, 4.3.2011, PD110003-O/U, E. 2.1.

⁴⁰ KUKO ZPO-Schmid, Art. 109 N 4 sowie Art. 111/112 N 6.

⁴¹ Siehe KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 241 N 26; ZK ZPO-Liebster, Art. 241 N 7; BK ZPO-Killias, Art. 241 N 16; Kummer, S. 150.

⁴² BGE 100 II 144, E. 1c; BGE 95 II 419, E. 2c; Gauch, S. 9 ff.

⁴³ Vgl. etwa BGer 28.3.2011, 5A_828/2010, E. 4.1; BGer 12.6.2009, 4A_63/2008; vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 270 Abs. 1 aZPO/VS, wonach die Parteien verpflichtet waren, den außergerichtlichen Vergleich dem Gericht anzuzeigen; eine entsprechende Regelung existiert in der ZPO nicht.

⁴⁴ Vgl. BGer 30.11.2007, 4A_429/2007; ZK ZPO-Liebster, Art. 241 N 7; Kummer, S. 150; Atteslander-Dürrenmatt, S. 11 f.

⁴⁵ Vgl. aber KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 241 N 26.

⁴⁶ Kummer, S. 150; Platz, S. 70.

„Schlichten statt richten“ diskutierten Frage über das Für und Wider einer Förderung von Formen der einvernehmlichen Streitbeilegung seitens des Gesetzgebers und der Gerichte rasch auseinander – eine vielschichtige Debatte, die mit Blick auf die historische Entwicklung des Zivilprozessrechts zwar keineswegs neu ist⁴⁷, ihre gegenwärtige Relevanz aber erst in Zusammenhang mit dem zunächst in den USA und dann weltweit verbreiteten Konzept der *Alternative Dispute Resolution* (ADR) erlangte.⁴⁸ In diesen Themenkomplex gehören die noch relativ jungen gesetzlichen Regelungen der Mediation⁴⁹ oder die jüngsten Rechtsakte der Europäischen Union zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung in Verbrauchersachen⁵⁰ ebenso wie die alte Streitfrage, ob ein Obligatorium für die außergerichtliche Streitschlichtung (vor allem für geringe Streitwerte) sinnvoll und mit Blick auf die Privatautonomie und den Justizgewährungsanspruch auch angemessen ist.⁵¹ In Bezug auf letztgenannte Debatte nimmt die Schweiz im europäischen Vergleich insofern eine besondere Stellung ein, als das obligatorische Schlichtungsverfahren spätestens seit dem 19. Jahrhundert fester, soweit ersichtlich unangefochtener Bestandteil des hiesigen Zivilprozessrechts ist⁵², und nicht – wie etwa in Deutschland oder in Frankreich – im Laufe der Zeit gleich mehrmals abgeschafft und wieder eingeführt bzw. auf einzelne Anwendungsbereiche beschränkt und dann wieder ausgeweitet wurde.⁵³

Auch in der Schweiz nicht unumstritten ist indes die Rechtslage bei der richterlichen Förderung von Vergleichsverhandlungen während des gerichtlichen Verfahrens. Auch wenn die Gesetzesbestimmungen, welche den Richter ermächtigen oder gar verpflichten, „jederzeit“ zu versuchen, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen (Art. 124 Abs. 3 ZPO; vgl. auch § 278

⁴⁷ Vgl. etwa *Mittermaier*, AcP 1828, 144, 147 ff.; *Bluntschli*, S. 318 f.; *Stürner*, Formen, S. 7 ff.; ausführlich *Jansen*, S. 63 ff.

⁴⁸ Dazu etwa *Hensler*, 108 Penn St. L. Rev. 165 ff. (2003); *Prütting*, JZ 1985, 261, 262 ff.; *Schütze*, ZVglRWiss 97 (1998), 117 ff.; *Stauder/Feldges*, ZBJV 120 (1984), 32 ff.; *Martin*, ZSR 1988 II, 1, 147 ff.; grundlegend *Gottwald*, Streitbeilegung, passim.

⁴⁹ Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, 7221, 7252 ff.; KUKO ZPO-Gloor/*Umbricht Lukas*, Vor Art. 213–218 N 3; *Oberhammer/Domej*, ZKM 2003, 144 ff.; *Risse*, SchiedsVZ 2012, 244 ff.

⁵⁰ Vgl. die Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten, ABl. 2013, L 165/63, sowie die Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten, ABl. 2013, L 165/1; dazu krit. *Wagner*, CML Rev. 2014, 165 ff.; *Eidenmüller/Engel*, ZIP 2013, 1704 ff.

⁵¹ Vgl. dazu Botschaft ZPO, BBl 2006, 7221, 7242 f.; EGMR, 26.3.2015, *Momčilović v. Croatia*, Ziff. 42 ff.; BVerfG, 14.2.2007, NJW-RR 2007, 1073 ff.

⁵² *Schrank*, S. 6 ff.; *Oberhammer/Domej*, Conciliation, S. 218 f.

⁵³ Krit. zur Wiedereinführung des Obligatoriums in Deutschland etwa *Stadler*, NJW 1998, 2479 ff.; *Wagner*, JZ 1998, 836, 841 ff.; vgl. auch *Stürner*, Formen, S. 6 ff.; eingehend zur Entwicklung in Deutschland *Jansen*, S. 67 ff.; zur Entwicklung in Österreich *Oberhammer/Domej*, Conciliation, S. 216 ff.

Abs. 1 dZPO, § 204 Abs. 1 öZPO), nicht *per se* zur Disposition gestellt werden, ist die Vermischung von Schlichtung und Streitentscheidung als gerichtliche Aufgabe durchaus nicht unproblematisch⁵⁴, geht es doch im Kern um den verfassungsmäßigen Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist in dieser Beziehung großzügig: Während es für die Annahme von Befangenheit als Ausstandsgrund prinzipiell genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken⁵⁵, darf der Richter den Parteien in Vergleichsgesprächen, wenn auch nur „mit Zurückhaltung und unter dem Vorbehalt der förmlichen Streitentscheidung“, seine vorläufige Einschätzung des Prozessrisikos mitteilen, ohne den verfassungs- und konventionsrechtlichen Rahmen zu verletzen.⁵⁶ Die Grenzen zwischen legitimen, bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien sogar gebotenen (Art. 97 ZPO) Hinweisen auf die Prozessrisiken einerseits und unzulässiger Druckausübung zur Förderung eines Vergleichs (sog. Vergleichsdruck⁵⁷) andererseits sind allerdings fließend; entsprechend schwierig gestaltet sich die Aufgabe, konkrete Kriterien zu formulieren, um die Grenzen des Zulässigen bei der Förderung des Vergleichs zu bestimmen.⁵⁸

⁵⁴ Vgl. dazu etwa *Schneiders*, FS Schilken (2015), S. 459 ff.; *Stürner*, DRiZ 1976, 202 ff.; *Levi*, SJZ 1967, 255 ff.; *Gottwald*, ZJP 95 (1982), 245, 254 ff.; *Leipold*, Sozialer Zivilprozess, S. 245 ff.; *Steinberg*, DRiZ 2012, 19 ff.; *Brunner*, FS Meier (2015), S. 69 ff.

⁵⁵ BGE 134 I 238, E. 2.1; BGE 131 I 113, 3.4, m.w.H.

⁵⁶ BGer 19.9.2012, 4A 424/2012, E. 3.2.2; BGer 25.4.2012, 4A 140/2012, E. 4.2; BGE 134 I 238, E. 2.4; BGE 131 I 113, E. 3.6; BGer 6.1.2005, 1P.637/2004, E. 5; BGE 119 Ia 81, E. 4b; vgl. auch ECHR, 7.1.1991, *Jensen v. Denmark*, E. 2a; vgl. auch Art. 47 Abs. 2 lit. b ZPO, wonach die Mitwirkung des Richters am Schlichtungsverfahren für sich allein kein Ausstandsgrund darstellt; krit. zur Praxis in Deutschland *Leipold*, Sozialer Zivilprozess, S. 245 ff.; zum typischen Ablauf einer Vergleichsverhandlung beim HGer ZH *Haberbeck*, Jusletter v. 6.1.2014, Rz. 15 ff.

⁵⁷ Dazu eingehend *Egli*, S. 70 ff.; *Fasching/Konecny-Klicka*, §§ 204-206, N 5; MüKo ZPO-Wolfsteiner, § 794 N 7; *Steinberg*, Richterliche Gewalt, S. 130 f.

⁵⁸ Zum Ganzen *Schneiders*, FS Schilken (2015), S. 463 ff.; *Knauss*, ZRP 2009, 206, 207 ff.; BSK ZPO-Geschwend/Bornatico, Art. 124 N 9; KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 226 N 6; *Spühler*, FS Sutter-Somm (2015), S. 616 ff.; *Platz*, S. 301 ff.; *Egli*, S. 70 ff., insbes. S. 83 f., 134; *Fasching/Konecny-Klicka*, §§ 204-206, N 5; *Zöller/Greger*, § 278 N 1, N 36; *Schellhammer*, Rz. 700, 717; *Stürner*, JR 1979, 133, 136; *Freund*, DRiZ 1983, 136, 139; vgl. zur Rspr. auch OGer ZH, 22.1.2010, ZR 109 (2010), Nr. 35 (S. 129), E. 5c ff. (zur Kostentragung bei fehlender Vergleichsbereitschaft); BAG, 12.5.2010, BeckRS 2010, 74221 (Anfechtung des Vergleichs wegen Drohung); BGH, 6.7.1966, NJW 1966, 2399 ff. (Anfechtung des Vergleichs wegen Drohung), dazu krit. *Arndt*, NJW 1967, 1585 ff. Um Ausstandsbegehren vorzubeugen, fordern Gerichte die Parteien bisweilen dazu auf, zu Protokoll zu geben, dass sie eine vorläufige Einschätzung der Prozesschancen und -risiken wünschen: *Haberbeck*, Jusletter v. 6.1.2014, Rz. 21 ff.; vgl. auch *Brunner*, FS Meier (2015), S. 84 f.; *Platz*, S. 288 ff.

III. Gerichtlicher Vergleich und Zweck des Zivilprozesses

Im Grunde geht es bei der Diskussion über die Förderung des Vergleichs auch darum, welchen Sinn man dem Zivilprozess zuerkennt. Laut der Botschaft zur ZPO sollte die Einleitung eines Zivilverfahrens die „letzte Eskalationsstufe eines Konflikts“ darstellen und zunächst eine einvernehmliche Lösung angestrebt werden.⁵⁹ Auch in der Literatur wird der Prozess bisweilen als *ultima ratio* bezeichnet.⁶⁰ Es ginge indes zu weit, die Forderung aufzustellen, es gelte streitige Zivilverfahren wenn immer möglich zu vermeiden.⁶¹ Obligatorische Schlichtungs- und fakultative Mediationsverfahren sowie richterliche Vergleichsbemühungen während des Prozesses sind zwar wie gezeigt zulässige Mittel zur Entlastung der Justiz und können durchaus zu rascheren, kostengünstigeren und „besseren“ bzw. nachhaltigeren Lösungen von Konflikten beitragen.⁶² Der Anspruch auf Justizgewährung gebietet es aber, von unverhältnismäßigen Schlichtungsbemühungen abzusehen, mithin den Rechtsunterworfenen ein erschwingliches⁶³, kontradiktorisches Zivilverfahren ohne übermäßige Zugangsbarrieren zu garantieren.⁶⁴

Relativiert sich demnach der vermeintlich absolute Vorrang des Schlichtungsmotivs im Zivilprozess, und bestätigt sich stattdessen das Verhältnis von autoritativer Streitentscheidung und privatautonomen Vergleich als gleichwertige Rechtsschutzalternativen⁶⁵, lässt sich die Förderung und der Abschluss

⁵⁹ Botschaft ZPO, BBl 2006, 7221, 7241 f.; vgl. auch BVerfG, 14.2.2007, NJW-RR 2007, 1073, 1074.

⁶⁰ Gottwald, ZZZ 95 (1982), 245, 256; Greger, FS Vollkommer (2006), S. 3 f.; ders., MDR 2014, 993; Rechberger/Simotta, Grundriss, Rz. 23 f.; Holzhammer, FS Schima, S. 217; Nobel/Sauerwein, SZW 2011, 283, 286.

⁶¹ In diese Richtung aber etwa Maurer, E., RZ 1980, 260 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang auch Greger, FS Vollkommer (2006), S. 3 ff., insbes. S. 13, wonach der Prozessvergleich der „Korrektur eines Fehlgriffs bei der Verfahrenswahl“ diene (vgl. aber dort aber auch S. 11 sowie Zöller/Greger, § 278 N 36); krit. zum *ultima ratio*-Motiv auch Asser/Groen/Vranken/Tzankova, ZZZInt 8 (2003), 329, 344.

⁶² Dazu etwa Freund, DRiZ 1981, 221 ff.; Katzenmeier, ZZZ 115 (2002), 51, 72 ff.; Wolf, ZZZ 89 (1976), 260, 263 ff.

⁶³ Dazu eingehend Schmid, S. 13 ff.; Meier/Schindler, S. 29 ff.; vgl. auch BGE 141 I 105, E. 3.3.2; BGR 11.12.2012, 2C_513/2012, E. 3.1.

⁶⁴ Vgl. auch Bruns, ZZZ 124 (2011), 29, 40; Schneiders, FS Schilken (2015), S. 462 ff.; Hirtz, NJW 2012, 1686 ff.; prononciert Steinberg, DRiZ 2012, 19 ff., 22 f.; näher zum Anspruch auf Justizgewährung 3. Teil, B.II.1.

⁶⁵ Schneiders, FS Schilken (2015), S. 463; Stein/Jonas-Leipold, § 278 N 2; vgl. dazu bereits 1. Teil, A.I.1.a.

des (gerichtlichen) Vergleichs auch plausibel in die insbesondere in Deutschland in epischer Breite⁶⁶ ausgetragene Debatte über den Zweck des Zivilprozesses einordnen:

Nach herrschender Auffassung dient der Zivilprozess zuallererst dem Schutz bzw. der Durchsetzung subjektiver Rechte.⁶⁷ Die Adressaten der Privatrechtsordnung bedürfen eines Rechtsschutzsystems, welches im Fall eines Konflikts dem oder auch den Klägern⁶⁸ bzw. Anspruchstellern die Durchsetzung ihrer Rechte ermöglicht, zugleich aber auch den Beklagten vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme schützt.⁶⁹ Im Idealfall gelingt dieser wechselseitige Rechtsschutz im Zivilprozess durch Ermittlung des „wahren“ Sachverhalts, auf dessen Grundlage die einschlägigen Bestimmungen des materiellen Rechts richtig angewandt werden und über das Klagebegehren entschieden wird.⁷⁰ Insofern „bewährt“ sich zugleich die objektive Privatrechtsordnung, überdies wird Rechtsfrieden geschaffen, was man jeweils als bloße Folge des in Anspruch genommenen Individualrechtsschutzes, oder auch als zusätzliche, im Allgemeininteresse liegende eigenständige Prozesszwecke betrachten kann.⁷¹

Wie gezeigt bleibt es den Parteien indes unbenommen, auf eine umfassende Prüfung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht zu verzichten und den Prozess einvernehmlich zu beenden.⁷² Denn der Ausgang des streitigen Zivilverfahrens ist für beide Parteien ungewiss. Bei einem Vergleich entschließen sich die Parteien demgegenüber freiwillig für eine in Verhandlungen gestaltbare und damit berechenbare Lösung des Konflikts⁷³ – sie geben sich in Ausübung ihrer Privatautonomie „ihr (partikulares) Recht selbst“. ⁷⁴ Wechselseitig

⁶⁶ Krit. zur Diskussion über den Zweck des Zivilprozesses *Braun*, S. 42 ff. („Pseudometaphysik“); vgl. dagegen *Wolf*, Verfahrensrecht, S. 11; *Stein/Jonas-Brehm*, vor § 1 N 8; *Schilken*, Zweck, S. 21 f.; *AK ZPO-Schmidt*, Einl. N 8 f.

⁶⁷ *Kummer*, S. 4; *Guldener*, S. 50; *Staehelin/Staehelin/Grolimund*, § 1 N 4; *Schilken*, Zweck, S. 23 ff.; *Stürner*, FS Baumgärtel (1990), S. 545 f.; *Wagner*, Prozessverträge, S. 59; *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 46 ff.; *MüKo ZPO-Rauscher*, Einl. N 8.

⁶⁸ Zum Verhältnis von kollektiver Rechtsdurchsetzung und dem Zweck des Zivilprozesses *Schilken*, Zweck, S. 46 ff.

⁶⁹ Vgl. *Schilken*, Zweck, S. 23 f.; *Guldener*, S. 50; *Pfeiffer*, S. 242 f.

⁷⁰ *Schilken*, Zweck, S. 24.

⁷¹ Vgl. dazu *Staehelin/Staehelin/Grolimund*, § 1 N 4; *Schilken*, Zweck, S. 24 ff.; *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 46 ff.; *Stein/Jonas-Brehm*, vor § 1 N 12; *Pfeiffer*, S. 253 ff.; *Wolf*, ZZP 89 (1976), 260, 268 f.; *Schlosser*, S. 10; *Wagner*, Prozessverträge, S. 59 f.; *Stürner*, FS Walder (1994), S. 279; *ders.*, DRiZ 1976, 202, 203; *MüKo ZPO-Rauscher*, Einl. N 9 f.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 1 N 10; *Wolf*, Verfahrensrecht, S. 15; *AK ZPO-Schmidt*, Einl. N 18; *Braun*, S. 42 ff.

⁷² BGE 60 II 56, 57 f.; BGE 100 II 24, E. 1b; *Meier-Hayoz*, SJZ 1953, 117, 118.

⁷³ *Pfeiffer*, S. 283; *Klett*, S. 661.

⁷⁴ *Smid*, S. 339; vgl. auch *Stürner*, FS Baumgärtel (1990), S. 550; *Münch*, S. 42 f. Aus rechtssoziologischer Perspektive *Luhmann*, Rechtstheorie 17 (1986), 171, 185 f.; *ders.*,

ger Rechtsschutz garantiert ihnen anstelle des Urteils die Anerkennung des gerichtlichen Vergleichs als Entscheidsurrogat.⁷⁵ Im Abschluss eines Vergleichs manifestiert sich mithin die Wahrnehmung subjektiver Rechte. Auch der gerichtliche Vergleich entspricht demnach dem primären Zweck des Zivilprozesses.⁷⁶ Die teilweise geforderte Formulierung eines zusätzlichen Prozesszwecks („Rechtsfrieden“, „Konfliktlösung“)⁷⁷ für die teleologische Einordnung des Vergleichs und der richterlichen Vergleichsförderung ist nicht erforderlich: Da niemals ein Zwang zum Vergleich, sondern stets die Alternative des Urteils besteht, bleibt jeder Vergleich – auch derjenige, der unter Mitwirkung des Gerichts geschlossen wird – Ausdruck der Handlungsfreiheit der Parteien.⁷⁸ Insofern ist es in einer liberalen Wirtschafts- und Rechtsordnung zwar richtig, zunächst an die Eigenverantwortung der Parteien zu erinnern⁷⁹ – freilich müssen dann die Voraussetzungen zur Wahrnehmung der Privatautonomie, gerade auch bei Massen- und Streuschäden, tatsächlich auch gewährleistet sein.⁸⁰

IV. Fazit

Das Institut des Vergleichs als Vertrag zur Bereinigung einer unklaren, umstrittenen Rechtsbeziehung ist in der hiesigen Rechtstradition fest verankert. Der zur Beendigung eines hängigen Zivilverfahrens geschlossene gerichtliche Vergleich stellt gegenüber dem Urteil eine privatautonom gestaltbare Rechtsschutzalternative dar. Maßnahmen des Gesetzgebers zur Förderung außergerichtlicher Streitbeilegungsmechanismen sind jedoch seit Langem umstritten. Weil die Aufgabe des Gerichts nach herkömmlichen Verständnis in erster Linie diejenige des Urteilens ist, wird überdies kontinuierlich darüber debattiert, ob das Gericht den Abschluss eines Vergleichs aktiv fördern soll oder nicht, und wie es dabei vorzugehen hat. Dass eine solche Förderung grundsätzlich zulässig ist, lässt sich angesichts eindeutiger Rechtsgrundlagen freilich kaum (noch)

Recht, S. 321 f.: Während die autoritative Streitentscheidung zwischen „Recht“ und „Unrecht“ im „Zentrum“ des Rechtssystems steht, erfolgt die Schlichtung und der (Vergleichs-)Vertragsschluss an dessen „Peripherie“.

⁷⁵ Vgl. AK ZPO-Schmidt, Einl. N 11; Münch, S. 42 f.; vgl. auch 1. Teil, A.I.1.a.

⁷⁶ Schilken, Zweck, S. 27 f.; AK ZPO-Schmidt, Einl. N 11; Pfeiffer, S. 282 f.; Stürner, FS Baumgärtel (1990), S. 550; Vogel, recht 1987, 99 f.; Fellmann, S. 89 f.; vgl. auch Limburg, S. 10.

⁷⁷ So Wolf, Verfahrensrecht, S. 16 ff.; ders., ZZP 89 (1976), 260, 268 f.; ihm folgend Martin, ZSR 1988 II, 1, 140; Röhl, S. 282; Wieczorek/Schütze-Assmann, § 278 N 6; Schellhammer, Rz. 707; MüKo ZPO-Prütting, § 278 N 1, vgl. dort aber auch N 4.

⁷⁸ Stürner, DRiZ 1976, 202, 203 f.; ders., FS Baumgärtel (1990), S. 550; AK ZPO-Schmidt, Einl. N 11; Münch, S. 42 f.

⁷⁹ So ausdrücklich Botschaft ZPO, BBl 2006, 7221, 7242; vgl. auch Leipold, JZ 1982, 441 ff.

⁸⁰ Vgl. zum bestehenden Rechtsschutzdefizit bereits Einleitung, A; zur Gewährleistung der Privatautonomie auch 1. Teil, A.I und 3. Teil, B.II.2, C.II.1.c sowie E.III.

ernsthaft bezweifeln. Das mitunter geäußerte Unbehagen zielt denn auch eher auf das Spannungsverhältnis, das durch die Vermischung von „Schlichten und Richten“ besonders mit Blick auf das so grundlegende Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit entsteht. Indes führen diese Fragen auch zur Grundsatzdiskussion über den Zweck des Zivilprozesses. Dabei zeigt sich, dass der gerichtliche Vergleich als Ausdruck der Privatautonomie der Parteien mit dem primären Zweck des Zivilprozesses, der Durchsetzung subjektiver Rechte, im Einklang steht.

B. Gruppenvergleiche nach geltendem Recht

1. Einführung: Begriff und Anwendungsfälle des Gruppenvergleichs

Der Begriff des (zivilprozessualen) Gruppenvergleichs ist bisher weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung belegt.⁸¹ In der Literatur werden in diesem Zusammenhang wie erwähnt auch die Begriffe Sammel-, Massen- oder Kollektivvergleich verwendet.⁸² Um die unterschiedlichen Spielarten gerichtlicher und außergerichtlicher Vergleiche im Kontext des kollektiven Rechtsschutzes möglichst vollständig zu erfassen, soll der Gruppenvergleich in der vorliegenden Arbeit als gerichtlicher oder außergerichtlicher Vergleich zur Bewältigung eines Massen- oder Streuschadens⁸³ definiert werden. Erfasst werden demnach gerichtliche Vergleiche, die im Zuge von Massenschadensereignissen im Rahmen formeller Gruppen(-klage-)verfahren, bei einfacher Streitgenossenschaft und bei objektiver Klagenhäufung geschlossen werden. Einbezogen werden überdies, nicht zuletzt aufgrund ihrer praktischen Relevanz, mehr oder weniger stark standardisierte Vergleiche, die ohne jegliche Beteiligung des Gerichts zur (jedenfalls partiellen) Bereinigung von Massenschäden geschlossen werden. Beim Begriff des außergerichtlichen Gruppenvergleichs sind die Grenzen zu einer Vielzahl von inhaltlich unterschiedlichen Zweiparteienvergleichen fließend. Diese begriffliche Unschärfe ist unproblematisch, solange es hier primär darum gehen soll, das Phänomen der außergerichtlichen Bereinigung von Massenschäden zu beschreiben, ohne näher auf inhaltliche Details solcher Vereinbarungen einzugehen.

Weil in der Schweiz bisher kein besonderes Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes existiert, kommen als Anwendungsfälle des Gruppenvergleichs nach geltendem Recht in erster Linie Vergleiche in Betracht, die im Rahmen der einfachen Streitgenossenschaft (Art. 71 ZPO) und der objektiven Klagenhäufung (Art. 90 ZPO) oder aber außergerichtlich geschlossen werden.

⁸¹ Der hier verwendete Begriff des Gruppenvergleichs ist nicht zu verwechseln mit der *Methode* des Gruppenvergleichs im Arbeitsrecht, vgl. BGE 134 III 399, E. 3.2.4.2 f.

⁸² Vgl. Einleitung, A.

⁸³ Zur schwierigen Begriffsbestimmung bereits Einleitung, A.

Nicht thematisiert werden im Folgenden Sonderkonstellationen namentlich des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts (etwa Art. 706 OR)⁸⁴, die zwar teilweise durchaus eine kollektive Streitbeilegung durch Vergleich ermöglichen, aber nicht klassische Massen- und Streuschadensfälle betreffen.

II. Gerichtlicher Gruppenvergleich

1. Bei einfacher Streitgenossenschaft

Die einfache Streitgenossenschaft bzw. subjektive Klagenhäufung (Art. 71 ZPO) ist eines der klassischen zivilprozessualen Instrumente zur gebündelten Geltendmachung von Ansprüchen, bei der rechtlich unabhängige, aber sachlich zusammenhängende Klagen in einem Prozess zusammengefasst werden.⁸⁵ Sie kann auf Initiative der Kläger hin errichtet, aber auch vom Gericht gestützt auf Art. 125 lit. c ZPO angeordnet werden.⁸⁶ Einem gerichtlichen Gruppenvergleich zwischen einer Gruppe einfacher Streitgenossen und einem oder mehreren Beklagten steht jedenfalls aus rechtlicher Sicht nichts entgegen: Da die Klagen nur im Interesse der Prozessökonomie und Entscheidungsharmonie zusammengefasst werden⁸⁷ und jeder Streitgenosse seinen eigenen Prozess führt⁸⁸, steht es den Beteiligten aufgrund der Dispositionsmaxime frei, die (zusammengefassten) Verfahren durch gerichtliche Vergleiche i.S.v. Art. 241 ZPO zu beenden.⁸⁹ Ein (im Detail wie auch immer ausgestalteter) Gruppenvergleich zwischen sämtlichen Beteiligten des Verfahrens ist durchaus denkbar, insbesondere dann, wenn es den Streitgenossen gelingt, sich auf informeller Basis zu koordinieren oder sich auf einen gemeinsamen Vertreter zu einigen (Art. 72 ZPO⁹⁰) und diesen mit der erforderlichen Sondervollmacht⁹¹ auszustatten.⁹² Auch wenn ein gemeinsamer Vertreter die Vergleichsverhandlungen

⁸⁴ Vgl. zu Art. 706 OR etwa BGE 80 I 385, E. 3 f.; BSK OR II-*Truffer/Dubs*, Art. 706 N 27; vgl. auch Art. 754 und Art. 756 OR (dazu *Maurer, M.*, S. 88 ff.); Art. 86 KAG (dazu BSK KAG-du *Pasquier/Rayroux*, Art. 86 N 14); Art. 105 FusG (dazu BSK FusG-*Dubs/Frehner*, Art. 105 N 48); zum Kartellrecht Art. 29 KG (dazu BSK KG-*Zirlick/Tagmann*, Art. 29 N 77 f.); zum Konkursrecht Art. 260 SchKG (dazu BGE 121 III 488, E. 2c; BGE 105 III 135, E. 3); vgl. zur Einordnung (eines Teils) der genannten Bestimmungen im hier interessierenden Kontext auch Bundesrat, Bericht 2013, S. 33 ff., 47 ff.

⁸⁵ KUKO ZPO-*Domej*, Art. 71 N 1; Bundesrat, Bericht 2013, S. 15 ff.; *Gordon-Vrba*, S. 170 ff.; *Walter, H. P.*, ZSR 2008 I, 99, 123 f.; *Romy*, Litiges, S. 240 ff.; Botschaft ZPO, BBl 2006, 7221, 7281.

⁸⁶ Vgl. dazu KUKO ZPO-*Weber, R.*, Art. 125 N 5; *Walter, H. P.*, ZSR 2008 I, 99, 124.

⁸⁷ KUKO ZPO-*Domej*, Art. 71 N 1; vgl. auch BGE 111 II 270, E. 1; BGE 125 III 95, E. 2a.aa.

⁸⁸ H.M., vgl. nur BSK ZPO-*Ruggle*, Art. 71 N 30; *Guldener*, S. 303.

⁸⁹ KUKO ZPO-*Domej*, Art. 71 N 9; vgl. auch *Platz*, S. 165.

⁹⁰ Vgl. dazu *von Holzen*, S. 237 f.

⁹¹ Vgl. dazu bereits I. Teil, A.I.1.b.

⁹² Vgl. auch *Droese*, S. 136.

führt, einigt sich jeder Streitgenosse individuell mit dem Beklagten; die Rechtsverhältnisse der anderen Streitgenossen bleiben davon jeweils unberührt.⁹³ Sind aber die Voraussetzungen des gerichtlichen Vergleichs⁹⁴ im Verhältnis zu allen Streitgenossen erfüllt, kann das Gericht die Beendigung der zusammengefassten Verfahren in einem einheitlichen Abschreibungsbeschluss feststellen.⁹⁵

Nach Einschätzung Vieler eignet sich die einfache Streitgenossenschaft aber nur zur Bündelung der Ansprüche einer überschaubaren Anzahl von Klägern: Je mehr Streitgenossen beteiligt sind, desto stärker erschwert der vorprozessuale wie auch prozessuale Organisationsaufwand einen geordneten Verfahrensablauf und desto höher steigt angesichts der Addition der Streitwerte (Art. 93 Abs. 1 ZPO) das Kostenrisiko des Einzelnen, weil jeder Streitgenosse solidarisch für die Prozesskosten haften kann (Art. 106 Abs. 3 ZPO).⁹⁶

Auf den ersten Blick scheint sich zumindest das Kostenproblem beim Abschluss eines Gruppenvergleichs zu entschärfen, kann doch die Kostentragung in der Vergleichsvereinbarung autonom geregelt werden (Art. 109 Abs. 1 ZPO).⁹⁷ Eine autonome Kostenregelung setzt indes voraus, dass überhaupt ein Gruppenvergleich zustande kommt, was durchaus nicht selbstverständlich ist: Jeder Streitgenosse entscheidet individuell, ob er sich an einem Gruppenvergleich beteiligen oder sein Verfahren selbständig fortführen möchte.⁹⁸ Wurde ein gemeinsamer Vertreter bezeichnet, kann ein Streitgenosse diesem mit Blick auf das eigene Verfahren jederzeit die Vertretungsbefugnis entziehen.⁹⁹ Das

⁹³ BGE 107 Ia 246, E. 5a.bb (bzgl. Klagerückzug im Schiedsverfahren); BSK ZPO-Ruggle, Art. 71 N 32; Platz, S. 165.

⁹⁴ Vgl. dazu 1. Teil, A.I.1.b.

⁹⁵ Dazu näher (allerdings mit Blick auf Sachurteile) von Holzen, S. 245, 254; BSK ZPO-Ruggle, Art. 71 N 41.

⁹⁶ Vgl. zu diesen und weiteren Problemen bei der einfachen Streitgenossenschaft Domej, ZZP 125 (2012), 421, 427 ff.; Droese, S. 136 f.; Bernet/Hess, AwR 2012, 451, 452; Stoffel, S. 503; KUKO ZPO-Weber, Ph., Art. 89 N 5b; Gordon-Vrba, S. 170 ff.; Romy, Litiges, S. 240 ff.; von Holzen, S. 270; Schumacher, R., SZPP 2014, 1, 3 f.; optimistischer hingegen Bohnet, SZPP 2013, 439, 442 f.; Nobel/Sauerwein, SZW 2011, 283, 290; Brunner, Sammelklage, S. 47 f.; Botschaft ZPO, BBl 2006, 7221, 7281; vgl. auch Bundesrat, Bericht 2013, S. 15 f., mit Lösungsvorschlägen in S. 43 ff. Zur Streitgenossenschaft in Österreich Klausser/Hadler, ZZPInt 18 (2013), 103, 113; Oberhammer, Gutachten ÖJT 2015, S. 75; in Deutschland Lange, S. 47 ff.; Micklitz/Stadler, [2006] EBLR, 1473, 1476 f.; Stadler, FS Rechberger (2005), S. 670 f.

⁹⁷ Art. 109 ZPO geht Art. 106 Abs. 3 ZPO wohl als *lex specialis* vor. Bei der Regelung der Kostentragung wäre namentlich zu berücksichtigen, dass die Gerichtskosten aus den (von allen Streitgenossen individuell geleisteten) Kostenvorschüssen bezogen werden, vgl. dazu auch bereits 1. Teil, A.I.1.b.

⁹⁸ Vgl. Platz, S. 165; Guldener, S. 303; KUKO ZPO-Domej, Art. 71 N 9.

⁹⁹ BSK ZPO-Ruggle, Art. 72 N 10; diese Gefahr relativierend (mit Blick auf die subjektive Klagenhäufung in Österreich) Oberhammer, Gutachten ÖJT 2015, S. 75.

Szenario des Entzugs der Vertretungsbefugnis könnte sich etwa dann realisieren, wenn innerhalb der Gruppe der Streitgenossen keine Einigkeit über die Vorgehensweise, insbesondere über die Bewertung eines Vergleichsangebots, herrscht. In diesem Fall besteht das Risiko, dass weitere Kläger und auch der Beklagte sich von den Vergleichsverhandlungen zurückziehen, weil keine umfassende Lösung des Konflikts in Sicht ist.¹⁰⁰

2. Bei objektiver Klagenhäufung

Größeres Potential im Vergleich mit der einfachen Streitgenossenschaft wird unter den bereits existierenden Formen der Anspruchsbündelung der objektiven Klagenhäufung (Art. 90 ZPO) zugesprochen.¹⁰¹ Bei der objektiven Klagenhäufung macht ein Kläger mehrere Ansprüche gegen denselben Beklagten geltend.¹⁰² Voraussetzung dieser Bündelungsform ist die wirksame Abtretung der Ansprüche (Art. 164 ff. OR) der Geschädigten an einen „Sammelkläger“, der die übertragenen Ansprüche im eigenen Namen geltend macht und, je nach Inhalt der Abtretungsvereinbarung, frei oder in einer bestimmten Art und Weise (fiduziarische Zession) über sie verfügen darf.¹⁰³ Diese Form der Anspruchsbündelung hat sich hauptsächlich in Österreich etabliert¹⁰⁴: Abgetreten werden die Ansprüche meistens an den Verein für Konsumenteninformation (VKI) oder an die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte (BAK), zwei zur Verbandsklage befugte Verbände¹⁰⁵, die unter Beteiligung einer Prozessfinanzierungsgesellschaft die Rechtsdurchsetzung verfolgen und den Geschädigten anschließend den Erlös abführen.¹⁰⁶ Trotz beachtlicher Erfolge in Österreich ist die Kombination von Zession, objektiver Klagenhäufung und externer Prozessfinanzierung mit zahlreichen Problemen verbunden¹⁰⁷, aufgrund

¹⁰⁰ Vgl. auch *Stark/Knecht*, ZSR 1978 I, 51, 54.

¹⁰¹ Dazu *Domej*, ZZP 125 (2012), 421, 429 f.; BSK ZPO¹-*Oberhammer*, Art. 89 N 7; *Heinemann*, Durchsetzung, S. 65 f.; Bundesrat, Bericht 2013, S. 15 ff.; *Walter, H. P.*, ZSR 2008 I, 99, 126 f., 132 f.; *Bernet/Hess*, AwR 2012, 451, 453; *Müller, K.*, ZBJV 151 (2015), 801, 811.

¹⁰² KUKO ZPO-*Oberhammer*, Art. 90 N 1.

¹⁰³ Vgl. zur fiduziarischen Zession BGE 130 III 417, E. 3.4 = Pra 94 (2005) Nr. 30; BGE 119 II 326, E. 2b; BGE 123 II 60, E. 4c = Pra 86 (1997) Nr. 107; BSK OR I-*Girsberger/Hermann*, Art. 164 OR N 46, 44; *Walter, H. P.*, ZSR 2008 I, 99, 126.

¹⁰⁴ Sog. „Sammelklage nach österreichischem Recht“; krit. zu diesem Begriff *Rechberger*, FS Welser (2004), S. 886 ff., 888 (stattdessen: „Zessionsklage“); vgl. aber auch *Klauser*, Massenschäden, S. 21.

¹⁰⁵ Dazu *Klauser*, Massenschäden, S. 16 f.; vgl. zum Problem staatlich unterstützter Verbände auch *Nauer*, S. 106 f.

¹⁰⁶ Vgl. *Klauser*, VbR 2015, 182 ff.; *Klauser/Hadler*, ZZPInt 18 (2013), 103, 114 ff.; *Oberhammer*, Gutachten ÖJT 2015, S. 73 ff.; *Kodek*, Zak 2012, 66 ff.; *Kolba*, ecolex 2010, 864 ff.; *Koller*, Zak 2012, 63 ff.

¹⁰⁷ Vgl. die Nw. in Fn. 26.

derer auch in der Schweiz zumindest theoretisch (dazu sogleich) noch Klärungsbedarf besteht.¹⁰⁸

Im hier interessierenden Kontext drängt sich primär die Frage auf, ob der „Sammelkläger“ einen Sachentscheid erwirken muss oder ob er sich auch in einem gerichtlichen Vergleich mit dem Beklagten einigen darf, und welche Einflussmöglichkeiten die Geschädigten diesbezüglich haben. Als vollberechtigter Gläubiger kann der Zessionar prinzipiell nach eigenem Ermessen mit dem Beklagten einen gerichtlichen Vergleich schließen, um das Verfahren zu beenden.¹⁰⁹ Handelt er entgegen anders lautenden Weisungen in der Abtretungsvereinbarung, wird allenfalls eine Schadenersatzpflicht begründet.¹¹⁰ Auf die Wirksamkeit der Vergleichsvereinbarung hat dies grundsätzlich keine Auswirkungen.¹¹¹ Die Abtretung hat demnach zur Folge, dass die Möglichkeiten der Geschädigten, auf die Prozessführung des Zessionars Einfluss zu nehmen und diesen zu kontrollieren, wesentlich stärker eingeschränkt werden als bei einfacher Streitgenossenschaft.¹¹²

Hinzu kommt, dass im häufigen Fall der Einschaltung eines Prozessfinanzierers ein zusätzlicher Akteur involviert ist, dessen Interessen mit denjenigen der Geschädigten kollidieren können. Prozessfinanzierer haben aufgrund von Zustimmungsvorbehalten und Kündigungsrechten einen erheblichen Einfluss auf den Verfahrensgang, insbesondere auch auf die Entscheidung, ob einem Vergleich zugestimmt wird oder nicht.¹¹³ Es stellt sich demnach die Frage, wie die aufgrund der Beteiligung des Prozessfinanzierers nochmals akzentuierte Einschränkung der Einflussmöglichkeiten der Geschädigten zu bewerten ist.¹¹⁴ Dabei ist im Besonderen auch von Bedeutung, ob die Geschädigten – wie es in

¹⁰⁸ Dazu eingehend Bundesrat, Bericht 2013, S. 17 ff.

¹⁰⁹ *Bläuer*, S. 70 f.; vgl. auch BSK OR I-*Girsberger/Hermann*, Art. 164 OR N 46, 44; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Rechtsprechung zu Art. 260 SchKG: BGE 121 III 488, E. 2c; BGE 105 III 135, E. 3; zur Inkassozeession in Deutschland *Stadler*, JZ 2014, 613 ff.; *dies.*, JZ 2015, 1138, 1144.

¹¹⁰ Vgl. BGer 9.6.2004, 4C.84/2004, E. 2.4; BSK OR I-*Girsberger/Hermann*, Art. 164 OR N 44; KUKO OR-*Lardelli*, Art. 164 N 2; vgl. aber zur Einräumung von Weisungsrechten in Deutschland auch *Stadler*, JZ 2014, 613, 617.

¹¹¹ *Bläuer*, S. 74; vgl. für das dt. Recht auch *Koch*, JZ 1984, 809, 813; BGH, 20.12.1979, NJW 1980, 991.

¹¹² Vgl. auch *Walter, H. P.*, ZSR 2008 I, 99, 127; *Bläuer*, S. 74.

¹¹³ Vgl. *Schumacher, B.*, S. 95 f., 98 f.; BGE 131 I 223, E. 4.6.2; *Parzmayr/Schobel*, ÖJZ 2011, 533, 534; *Stadler*, JZ 2014, 613, 622.

¹¹⁴ Dazu BGE 131 I 223, E. 4.5.5 sowie E. 4.6.2 (allerdings ohne Bezug zum kollektiven Rechtsschutz); *Oberhammer*, Gutachten ÖJT 2015, S. 116 f., 154 f.; teilweise a.A. *Bydlinski*, VbR 2015, 105, 106; vgl. auch *Klauser*, VbR 2013, 12, 15; *Krejci*, ÖJZ 2011, 341, 348; *Stadler*, JZ 2014, 613, 622; zum Ganzen auch 3. Teil, F.II und IV.

Österreich meistens der Fall ist – von einer anerkannten, professionell agierenden Non-Profit-Organisation wie dem VKI, oder aber von gewinnorientierten Organisationen oder Anwälten vertreten werden.¹¹⁵

Diese Fragen sind gegenwärtig in der Schweiz allerdings noch weitgehend theoretischer Natur, da sich die Kombination von Abtretung, Klagenhäufung und Prozessfinanzierung als Form der kollektiven Rechtsdurchsetzung bisher nicht durchgesetzt hat.¹¹⁶ Das mag viele Gründe haben. Naheliegende Erklärungsansätze bieten unter anderem offenkundige Unterschiede im nationalen Verbands- bzw. Institutionengefüge¹¹⁷, aber wohl auch weniger weit entwickelte Möglichkeiten der Prozessfinanzierung.¹¹⁸ Es wird sich somit erweisen müssen, ob und wie das österreichische Modell in der Schweiz funktioniert.

III. Außergerichtlicher Gruppenvergleich

1. Relevanz in der Praxis und Gestalt

Gegenüber den Möglichkeiten gerichtlicher Gruppenvergleiche ist der außergerichtliche Gruppenvergleich von vergleichsweise großer praktischer Bedeutung. Primär aus den Medien bekannt ist der Abschluss zahlreicher außergerichtlicher Vergleiche in der Folge des Konkurses von *Lehman Brothers*¹¹⁹, einer Gewinnwarnung von *Sonova*¹²⁰, des ASE-Betrugsfalls¹²¹ oder von Rechtsstreitigkeiten über Retrozessionen.¹²² Freilich liegt es in der Natur außergerichtlicher Vergleiche, dass über ihr Zustandekommen, ihren Inhalt oder über die Anzahl der Beteiligten oft nur sehr wenig bekannt ist. In der Regel vereinbaren die Parteien diesbezüglich Stillschweigen. Immerhin lässt sich aus der Berichterstattung der Medien, soweit diese denn existiert, und aus der Fachliteratur schließen, dass die außergerichtliche Bündelung der Ansprüche

¹¹⁵ Vgl. *Oberhammer*, *ecolex* 2011, 972, 979 f.; *ders.*, Gutachten ÖJT 2015, S. 77 f.; *Domej*, ZJP 125 (2012), 421, 430; *Klauser/Hadler*, ZJPInt 18 (2013), 103, 129.

¹¹⁶ Vgl. aber *Domej*, ZJP 125 (2012), 421, 430 m. Hw. auf BGE 131 III 153 = Pra 94 (2005) Nr. 150 und BGE 132 III 661 = Pra 96 (2007) Nr. 71 (Abtretung von Schadenersatzforderungen von fünf Geschädigten an eine Interessenvereinigung).

¹¹⁷ Vgl. dazu auch 3. Teil, F.II.

¹¹⁸ Vgl. dazu auch *Domej*, ZJP 125 (2012), 421, 430, 451; *Contratto*, AJP 2012, 217, 220; Bundesrat, Bericht 2013, S. 44; zu Anbietern der Prozessfinanzierung in der Schweiz *Schumacher, B.*, S. 7 ff.; vgl. dazu auch 3. Teil, F.II.

¹¹⁹ Vgl. NZZ v. 26.8.2010, S. 25; NZZ v. 12.9.2009, S. 30; NZZ v. 24.3.2009, S. 27; NZZ v. 27.9.2008, S. 29; *Müller, K.*, ZBJV 151 (2015), 801, 805; *Contratto*, AJP 2012, 217, 219.

¹²⁰ Vgl. NZZ v. 6.10.2012, S. 30.

¹²¹ Vgl. NZZ v. 30.3.2013, S. 27.

¹²² Vgl. NZZ v. 16.4.2015, S. 33; NZZ v. 31.10.2014, S. 35; NZZ v. 24.10.2013, S. 35.

in heterogener Weise erfolgt, etwa durch Gründung von (informellen) Interessengemeinschaften¹²³, durch Konsumentenschutzverbände¹²⁴, durch medien-gewandte Anwälte¹²⁵ oder auch spezialisierte Rechtsdienstleister für Anleger.¹²⁶

Die erwähnten Beispiele aus der Praxis mögen als Zeichen dafür gewertet werden, dass sich außergerichtliche Vergleiche aufgrund ihrer polymorphen, von Gesetzesregeln kaum eingeschränkten Eigenart zur kollektiven Streitbeilegung besonders gut eignen.¹²⁷ In der Tat ist es grundsätzlich zu begrüßen, wenn sich die Parteien privatautonom einigen und die Ziviljustiz gar nicht erst in Anspruch genommen wird. Dies setzt jedoch voraus, dass die Betroffenen der Vergleichsvereinbarung aus freien Stücken zustimmen, mithin die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Privatautonomie tatsächlich gegeben sind.¹²⁸ Nicht selten werden sich Handlungsmöglichkeiten der Geschädigten indes darauf beschränken, entweder das Vergleichsangebot des Schädigers anzunehmen, oder aber den Klageweg zu beschreiten – wobei die Klage nicht nur bei Streuschäden, sondern mitunter auch bei Massenschäden keine echte Alternative darstellt, weil sie ein zu großes Kostenrisiko bedeuten würde.¹²⁹ Überdies gewährleisten außergerichtliche Vergleichslösungen die für die Streitbeilegung so zentralen Legitimationselemente – Anhörungs- und Mitspracherechte, Transparenz, Involvierung eines neutralen Dritten, Gleichbehandlung – nicht oder jedenfalls nicht zwingend.¹³⁰ Abgesehen davon sollten die erwähnten Beispiele aus der Praxis aber insbesondere nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich um rein materiellrechtliche Lösungen handelt, die mangels gerichtlich festgestellter Rechtskraftwirkung keine Gewähr bieten für eine definitive Bewältigung von Massenschäden. Scheitern außergerichtliche Vergleichsverhandlungen, treten die Probleme des aufgezeigten Rechtsschutzdefizits sofort (wieder) offen zu Tage. Die Erfahrungen aus der Praxis zeigen, dass vonseiten der Geschädigten z.T. erheblicher medialer Druck aufgebaut werden muss, um den Schädiger an den Verhandlungstisch zu bewegen – eine Tendenz, an deren Verstärkung auch die Schädiger wenig Interesse haben dürften.

¹²³ Vgl. die Hw. bei *Contratto*, AJP 2012, 217, 218.

¹²⁴ Vgl. *Bernet/Hess*, AwR 2012, 451, 455; FRC Magazine Nr. 18, Mai 2009, S. 3.

¹²⁵ Vgl. NZZ v. 24.3.2009, S. 27; NZZ v. 31.10.2014, S. 35.

¹²⁶ Vgl. z.B. <www.deminor.com> (7.5.2017); NZZ v. 6.10.2012, S. 30.

¹²⁷ So Stellungnahme *economiesuisse* zum VE-FIDLEG, S. 17; in diese Richtung auch *Bernet/Hess*, AwR 2012, 451, 455; *Fischer*, S. 29.

¹²⁸ Vgl. *Oberhammer*, Gutachten ÖJT 2015, S. 115 ff.; dazu auch bereits 1. Teil, A.I und A.III.

¹²⁹ Vgl. *Oberhammer*, Gutachten ÖJT 2015, S. 116, 119; *Domej*, ZJP 125 (2012), 421, 440.

¹³⁰ Krit. zur Intransparenz auch *Contratto*, AJP 2012, 217, 220, 224; vgl. auch *Stürner*, ZJP 127 (2014), 271, 319 ff.

2. Musterprozesse

Wenn Vergleichsverhandlungen scheitern oder gar nicht erst in Angriff genommen werden, weil die Parteien unvereinbare Standpunkte vertreten, kann ein Musterprozess zum Durchbruch verhelfen. Nach einer weiten Begriffsdefinition ist ein Musterprozess ein gerichtliches Zivilverfahren, dem die Parteien oder Dritte eine über die Beurteilung der konkreten Klage hinausgehende Bedeutung zumessen.¹³¹ Im Kontext von Massen- und Streuschäden wird ein exemplarischer Anspruch eines Gruppenmitglieds der richterlichen Klärung zugeführt.¹³² Kläger ist in diesen Fällen entweder einer der Geschädigten, der von der Gruppe oder einer Organisation mit Blick auf die Prozesskosten und die Prozessführung unterstützt wird¹³³, oder eine Organisation, etwa ein Verband, der sich einen einzelnen Anspruch abtreten lässt und in eigenem Namen klageweise geltend macht („Verbands-Musterklage“¹³⁴). Die richterliche Entscheidung im Musterprozess ist grundsätzlich nur für die beiden beteiligten Parteien verbindlich¹³⁵; das Ergebnis kann aber die Vergleichsbereitschaft insbesondere der beklagten Partei durchaus beeinflussen, sofern ein für sie ungünstiges Urteil ergangen ist („faktische Präjudizwirkung“).¹³⁶ Ein solches Verfahren setzt aber auf Klägerseite nicht nur erhebliche finanzielle Mittel, sondern auch Ausdauer voraus, da bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung oft viele Jahre vergehen.¹³⁷ Und selbst danach ist eine umfassende Streiterledigung in einem außergerichtlichen Gruppenvergleich keineswegs garantiert, da sich die Parteien stets auf den Standpunkt stellen können, der Musterprozess sei nicht einmal faktisch für die restlichen Ansprüche von Bedeutung.¹³⁸ Zwar könnten die Parteien bei einem Massenschaden theoretisch bereits vor Beginn eines Verfahrens vertraglich vereinbaren, dass der Ausgang des Prozesses für die Rechtsverhältnisse sämtlicher Gruppenmitglieder verbindlich sein soll (sog. Musterprozessvereinbarung). Allerdings haben solche Vereinbarungen

¹³¹ *Arens*, S. 344; differenzierend zum Begriff des Musterprozesses *Schmidt* (in Vorbereitung).

¹³² Bundesrat, Bericht 2013, S. 28.

¹³³ Vgl. *Eichholtz*, S. 235, m.w.H.

¹³⁴ *Klauser/Hadler*, ZZPInt 18 (2013), 103, 109; *Rechberger*, FS Welser (2004), S. 876 ff.

¹³⁵ *Domej*, ZZP 125 (2012), 421, 432.

¹³⁶ *Rechberger*, VR 2003, 15, 20; *Stadler*, Referat 62. DJT, S. I 44; *Stürner*, JZ 1978, 499, 500 f. Zur Präjudizienbindung in Schweiz BK ZGB-*Emmenegger/Tschentscher*, Art. 1 N 483 ff. Offenbar wurde eine der Entscheidungen des Bundesgerichts zu Retrozessionen (BGE 138 III 755) als Musterprozess i.S. der erwähnten Definition herbeigeführt, so *Rusch/Schirmmayer*, ZBJV 149 (2013), 683, 699.

¹³⁷ Zur Verjährungsproblematik Bundesrat, Bericht 2013, S. 26 f.

¹³⁸ *Klauser*, Massenschäden, S. 18; *Klauser/Hadler*, ZZPInt 18 (2013), 103, 110; optimistischer *Bruns*, ZZP 125 (2012), 399, 417.

unter anderem wegen ihrer inhaltlichen Komplexität und dem hohen Koordinationsaufwand keinerlei praktische Relevanz.¹³⁹

3. Alternative Streitbeilegungsmechanismen

Einen Beitrag zur Bewältigung von Massen- und Streuschäden können grundsätzlich auch alternative Streitbeilegungsmechanismen leisten, in der Schweiz namentlich Ombudsstellen und möglicherweise auch Schiedsgerichte.¹⁴⁰ Während letztere im Zusammenhang mit großen Schadensereignissen in der schweizerischen Praxis soweit ersichtlich bisher keine Bedeutung erlangt haben¹⁴¹, ist namentlich der Bankenombudsman regelmäßig mit gleich- oder ähnlich gelagerten Fällen befasst.¹⁴²

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang insbesondere das auf der Grundlage einer externen Evaluation¹⁴³ revidierte, auf den 1.7.2013 in Kraft gesetzte Verfahrensreglement des Bankenombudsman, welches in Art. 5 nunmehr besondere Verfahrensbestimmungen für „Serienfälle“ enthält.¹⁴⁴ Nach Art. 5.5 der Verfahrensordnung kann sich der Bankenombudsman mit der Bank unter anderem auf eine „kollektive Behandlung von Beschwerden“ einigen. Die Einführung dieser Verfahrensbestimmungen ist wohl als Reaktion auf die Kritik vonseiten der Konsumentenschutzverbände zu sehen, wonach die Ombudsstelle im Zusammenhang mit der Finanzkrise ab 2007 nicht genügend aktiv zur Bewältigung der zahlreichen Anlegerstreitigkeiten beigetragen habe.¹⁴⁵

¹³⁹ Dazu eingehend *Schmidt* (in Vorbereitung).

¹⁴⁰ Zur kollektiven Rechtsdurchsetzung in Schiedsverfahren *Gut*, S. 127 ff.; mit Blick auf Österreich *Oberhammer*, Gutachten ÖJT 2015, S. 123 ff.

¹⁴¹ Die Forderung nach einem Schiedsgericht im Zusammenhang mit den Streitigkeiten nach dem Konkurs von *Lehman Brothers* fand offenbar kein Gehör, vgl. *Contratto*, AJP 2012, 217, 220 (dort Fn. 19); NZZ v. 4.3.2009, S. 28.

¹⁴² Vgl. etwa Schweizerischer Bankenombudsman, Jahresbericht 2008, S. 7 ff.; Jahresbericht 2009, S. 13; Jahresbericht 2013, S. 14 ff.

¹⁴³ Vgl. *Roth-Cuony*, Evaluation der Institution und der Funktion des Schweizerischen Bankenombudsman (Evaluation BOM), Studie im Auftrag des Stiftungsrates des Schweizerischen Bankenombudsman, 10.1.2012.

¹⁴⁴ Vgl. <www.bankingombudsman.ch> → Dokumente → Regularien (7.5.2017); vgl. zur Definition von Serienfällen Art. 5.2 der Verfahrensordnung.

¹⁴⁵ Vgl. FRC Magazine Nr. 18, Mai 2009, S. 3; Bundesrat, Bericht 2013, S. 20; vgl. auch *Roth-Cuony*, S. 56 ff.

Ob sich die neuen Verfahrensbestimmungen in der Praxis bewähren, bleibt, auch mit Blick auf die laufenden Gesetzgebungsarbeiten zum FIDLEG¹⁴⁶, abzuwarten.¹⁴⁷ Skepsis ist insofern angebracht, als das Verfahren als rein außergerichtlicher Streitbeilegungsmechanismus am Machtgefälle zwischen der Bank und ihren Kunden nichts ändert: Sowohl die Einleitung als auch das Ergebnis des Verfahrens ist vollständig von der Kooperationsbereitschaft der Bank abhängig.¹⁴⁸ Abgesehen davon sind Ombudsstellen stets branchenspezifische Institutionen mit einem eng begrenzten Kompetenzbereich, die sich als Streitbeilegungsmechanismus naturgemäß nur für bestimmte Rechtsgebiete eignen. Sie hätten auch bei Einführung eines „echten“ Verfahrens des kollektiven Rechtsschutzes weiterhin ihre Berechtigung und Relevanz, vermögen ein solches aber nicht zu ersetzen.¹⁴⁹

IV. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass nach geltendem Recht der Schweiz durchaus Möglichkeiten bestehen, Massen- und teilweise auch Streuschäden durch Gruppenvergleiche zu bewältigen. Gerichtliche Gruppenvergleiche mit Titulierung und Rechtskraftwirkung kommen im Rahmen der einfachen Streitgenossenschaft (subjektive Klagenhäufung) oder der objektiven Klagenhäufung in Betracht, sind aber dementsprechend auch von deren begrenztem Potential abhängig: Während sich die einfache Streitgenossenschaft nur für eine überschaubare Anzahl von Geschädigten eignet und stets mit einem nur ansatzweise begrenzten Prozesskostenrisiko verbunden ist, kommt die objektive Klagenhäufung vor allem dann in Betracht, wenn der „Sammelkläger“, der sich die Ansprüche der Geschädigten abtreten lässt, das Prozesskostenrisiko auf eine Prozessfinanzierungsgesellschaft überwälzen kann. Soweit ersichtlich hat sich diese Bündelungsform in der Schweiz bisher nicht durchgesetzt.

Demgegenüber stellen außergerichtliche Gruppenvergleiche in der Schweiz gegenwärtig die in der Praxis wohl bedeutsamste Bewältigungsform für Massenschäden dar. Ihr Zustandekommen ist aber stark von der Kooperationsbereitschaft des Schädigers abhängig. Überdies führen sie zur einer rein materi-

¹⁴⁶ Vgl. Einleitung, A.

¹⁴⁷ Im Zusammenhang mit Streitigkeiten über Retrozessionen ist eine kollektive Behandlung der Beschwerden „aufgrund der erkannten Unterschiedlichkeit der gegebenen Grund Sachverhalte“ offenbar gescheitert, vgl. Schweizerischer Bankenombudsman, Jahresbericht 2013, S. 15 f.

¹⁴⁸ Vgl. auch *Contratto*, AJP 2012, 217, 221; *Meller-Hannich/Höland*, GPR 2011, 168, 176; *Meier/Siegwart*, AJP 2012, 1523, 1538 f.; Bundesrat, Bericht 2013, S. 20.

¹⁴⁹ Vgl. demgegenüber die Befürchtung, ein neues Gruppenvergleichsverfahren würde das Verfahren vor dem Ombudsman konkurrenzieren: Bericht Vernehmll. FIDLEG/FINIG v. 13.3.2015, S. 43.

ellrechtlichen, leicht angreifbaren Lösung. Bei erfolglosen Vergleichsgesprächen können zwar Musterprozesse angestrengt werden, um ein zumindest „faktisches“ Präjudiz zu erwirken. Diese bieten aber keine Garantie für ein Einlenken des Gegenübers in den gleichgelagerten Fällen, verursachen Kosten und führen zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen. Nur punktuell Abhilfe schaffen schließlich alternative Streitbeilegungsmechanismen, namentlich Schieds- und Ombudsverfahren.

Ausgewählte ausländische Gruppenvergleichsverfahren

A. Class action settlements in den USA

I. Grundzüge der US-amerikanischen class action

Die US-amerikanische *class action* erlaubt es einer oder mehreren Personen, ihre eigenen Ansprüche sowie als Vertreter einer Gruppe (*class representative* oder *lead plaintiff*) deren gleichartige Ansprüche gebündelt gegen einen oder mehrere Beklagte geltend zu machen. Im Rahmen der *certification* wird zunächst die Zulässigkeit der Sammelklage geprüft, anschließend folgt das Hauptverfahren. Wird der Klage stattgegeben oder ein Vergleich geschlossen (*class action settlement*), entfaltet das Urteil bzw. der Gruppenvergleich Wirkung gegenüber allen Mitgliedern der Gruppe, unabhängig davon, ob sie sich aktiv am Verfahren beteiligt haben. Bei bestimmten *class actions* können sich die Gruppenmitglieder der Bindungswirkung durch Erklärung ihres Austritts (*opt-out*) entziehen.

Die *class action* ist nur eines von mehreren gerichtlichen und außergerichtlichen Instrumenten zur Bewältigung von Massen- und Streuschäden in den USA¹; eine zunehmend wichtige Rolle spielen namentlich auch die Regelungen der sog. *Multidistrict Litigation* (MDL)², *ad hoc*-Kompensationsfonds wie der *World Trade Center (WTC) Victim Compensation Fund* und die *BP Gulf Coast Claims Facility* (GCCF)³ sowie – etwa in AGB enthaltene – Schiedsklauseln, freilich mitunter ergänzt durch sog. *class action waiver*, i.e. Verzichtserklärungen, einen Anspruch mittels *class action* bzw. *class arbitration* geltend zu machen.⁴

¹ Vgl. *Karlsgodt*, S. 44 ff.; *Pace*, S. 33 ff.; vgl. zur jüngsten Diskussion über *disaggregative mechanisms* auch *Burch*, 90 Wash. U. L. Rev. 667 ff. (2013); *Remus/Zimmerman*, 63 Emory L.J. 1317 ff. (2014).

² *Marcus*, R., Experience, S. 165 ff.; *Willging/Lee III*, 58 Kan. L. Rev. 775 ff. (2010); *Hensler*, 143 Daedalus 73, 77 ff. (2014); *dies.*, 11 Duke J. Comp. & Int'l L. 179, 185 ff. (2001).

³ Dazu *Mullenix*, 71 La. L. Rev. 819–916 (2011); *dies.*, 107 Nw. U. L. Rev. 511, 549 ff. (2013); *Faure/Weber*, Liber amicorum Micklitz (2014), S. 735, 746 ff.

⁴ Vgl. *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S.Ct. 1740 (2011); *DIRECTV, Inc. v. Imburgia*, 136 S.Ct. 463 (2015); zum Ganzen eingehend *Strong*, passim.

1. Historische Entwicklung, Klagetypen und Anwendungsbereich

Die Ursprünge der modernen *class action* liegen im richterlichen Billigkeitsrecht (*equity*) des 17. Jahrhunderts.⁵ Auf Bundesebene sollte erstmals die im Jahr 1938 in Kraft gesetzte Rule 23 der *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) für eine differenzierte Regelung der *class action* sorgen, die sich vor allem wegen Abgrenzungsschwierigkeiten aber als untauglich erwies.⁶ Die vollständige Erneuerung von Rule 23 FRCP im Jahr 1966 prägte die Form der bundesrechtlichen Sammelklage, die im Wesentlichen noch heute Bestand hat.⁷

Rule 23(b) FRCP regelt drei Klagetypen, die freilich als sog. *hybrid class actions* auch simultan anwendbar sind.⁸ Während die Klagen der ersten und zweiten Kategorie (Rule 23(b)(1)⁹ und (b)(2)¹⁰ FRCP) auf Situationen ausgelegt sind, die entweder die Gleichbehandlung der Gruppenmitglieder sicherstellen, den Beklagten zu einem Tun oder Unterlassen (*injunctive relief*) verpflichten oder einen Feststellungsentscheid (*corresponding declaratory relief*¹¹) erwirken sollen, ermöglicht Rule 23(b)(3) FRCP als dritte Kategorie ein Sammelklageverfahren, wenn die Gemeinsamkeiten die Differenzen der einzelnen Ansprüche der Gruppenmitglieder in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht überwiegen und die Sammelklage anderen Methoden der Rechtsdurchsetzung überlegen ist.¹² Die Klage der dritten Kategorie unterscheidet sich von

⁵ Vgl. statt vieler *Hazard/Gedid/Sowle*, 146 U. Pa. L. Rev. 1849, 1858 ff. (1998); *Hopt/Kulms/von Hein*, S. 4 f.; zu den noch weiter zurückliegenden Ursprüngen von Gruppenverfahren des Mittelalters umfassend *Yeazell*, *Group Litigation*, S. 24 f., 38 ff.

⁶ Vgl. *Rabiej*, 24 Miss. C. L. Rev. 323 ff., 329 ff. (2005); *Hazard/Gedid/Sowle*, 146 U. Pa. L. Rev. 1849, 1937 ff. (1998); *Baetge/Eichholtz*, S. 292; zum Gesetzestext von 1938 siehe etwa *Kaplan*, 81 Harv. L. Rev. 356, 414 (1967).

⁷ *Hopt/Kulms/von Hein*, S. 5. Nach jahrelangen Diskussionen wurde Rule 23 FRCP im Jahr 1998 und sogleich nochmals im Jahr 2003 präzisiert; 2007 und 2009 erfolgten primär redaktionelle Anpassungen, vgl. dazu Wright et al.-*Kane*, § 1753.1; *Rabiej*, 24 Miss. C. L. Rev. 323 ff., 348 ff. (2005); *Hohl*, S. 146 ff. Parallel dazu erfolgten Reformen, die zwar nicht den Wortlaut von Rule 23 FRCP, wohl aber dessen Normengefüge betrafen, so etwa der *Private Securities Litigation Reform Act* (1995) und der *Class Action Fairness Act* (2005), vgl. *Marcus*, R., Wolf, S. 42, zu jüngsten Entwicklungen dort auch S. 44 f.; vgl. auch Wright et al.-*Kane*, § 1753.1; *McLaughlin*, § 12:1 ff.

⁸ Vgl. etwa *Williams v. Mohawk Industries, Inc.*, 568 F.3d 1350, 1359 f. (11th Cir. 2009); vgl. auch AMCL 4th, N 21.221; *Willging/Hooper/Niemic*, 71 N.Y.U. L. Rev. 74, 93 f. (1996).

⁹ Dazu *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 614 (1997); *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815, 833 (1999); *Newberg-Rubenstein*, § 4:16 ff.

¹⁰ Dazu *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541, 2545 f. (2011).

¹¹ Dazu näher *Mogel v. UNUM Life Ins. Co. of America*, 646 F.Supp.2d 177, 184 (D. Mass. 2009); *Newberg-Rubenstein*, § 4:31.

¹² Dazu näher 2. Teil, A.I.3.

den anderen beiden Typen hauptsächlich darin, dass sie auf Schadenersatz lauten kann (*damages class action*) und den Gruppenmitgliedern eine Austrittsmöglichkeit (*opt-out*) garantiert.¹³ Weil ein solches Austrittsrecht bei den Klagen der ersten und zweiten Kategorie grundsätzlich nicht zur Verfügung steht, werden sie oft als *mandatory class actions* bezeichnet.¹⁴ Spätestens seit den 1990er-Jahren stellt die *damages class action* in der Praxis die Mehrzahl der Sammelklagen¹⁵ und zieht sowohl im politischen als auch im wissenschaftlichen Diskurs einen Großteil der Aufmerksamkeit auf sich.¹⁶

Hauptsächlich zur Anwendung gelangen *class actions* in Finanzmarkt-, Arbeits-, Verbraucher-, Wettbewerbs- und Grundrechtssachen¹⁷, wobei die allgemeine Regelung von Rule 23 FRCP teilweise durch besondere Erlasse modifiziert wird.¹⁸ Die *class action* ist ein wichtiger Bestandteil des im US-amerikanischen Recht verwirklichten Konzepts des *private law enforcement*, wonach private Kläger wesentlich bei der Durchsetzung der staatlichen Regulierung mitwirken, während dies anderenorts, namentlich in Europa, als rein oder überwiegend behördliche Angelegenheit verstanden wird. Gerade auch bei Streu- und Massenschäden soll demnach die Initiative Privater zur Prävention und Sanktionierung von unrechtmäßigem Handeln beitragen.¹⁹ Klageanreize schaffen dabei vor allem die Regelungen zu den Prozesskosten²⁰ sowie das Konzept des Strafschadenersatzes (*punitive damages*), welches selbst bei Streuschäden mit relativ geringen Schadenssummen aufgrund der Aussicht auf eine Vervielfachung des Schadenersatzes zur Rechtsverfolgung animiert.²¹

¹³ Vgl. *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541, 2557 ff. (2011); *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 617 (1997); *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815, 860 (1999).

¹⁴ Vgl. *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541, 2557 ff. (2011); Newberg-Rubenstein, § 4:1.

¹⁵ Die Datenlage ist unübersichtlich; vgl. *Willging/Hooper/Niemic*, 71 N.Y.U. L. Rev. 74, 94 (1996); *Hensler et al.*, *Class Action Dilemmas*, S. 52; vgl. auch *Coffee*, 106 Colum. L. Rev. 1534, 1539 (2006); *Fitzpatrick*, 7 JELS 811, 818 (2010); *Willging/Lee III*, 80 U. Cin. L. Rev. 315 f. (2011). Im Jahr 1978 wurden offenbar noch ca. 60 Prozent der Sammelklagen als *civil rights*-Klagen nach Rule 23(b)(2) FRCP erhoben, vgl. *Miller, A.*, 92 Harv. L. Rev. 664, 692 (1979).

¹⁶ Krit. zur diesem Trend *Carroll*, 65 Duke L.J. 843 ff. (2016).

¹⁷ Vgl. zur empirischen Datenlage *Fitzpatrick*, 7 JELS 811, 818 (2010) (ausschließlich zu *class action settlements*); *Coffee*, 106 Colum. L. Rev. 1534, 1539 (2006); *Hensler et al.*, *Class Action Dilemmas*, S. 51 ff.

¹⁸ Vgl. zur *securities class action* etwa *Bergmeister*, S. 16 f., 49 ff.

¹⁹ Dazu *Coffee*, 86 Colum. L. Rev. 669 ff. (1986); *Hopt/Kulms/von Hein*, S. 12 f.; *Bruns*, ZJP 125 (2012), 399, 405 f.; *Stadler*, *Class Actions*, S. 92 ff.

²⁰ Vgl. dazu 2. Teil, A.II.9.a.

²¹ Dazu *Karlsgodt*, S. 15 ff.; *Hopt/Kulms/von Hein*, S. 11 f.

2. Allgemeine Voraussetzungen der class action

Rule 23(a) FRCP nennt die vier zentralen Voraussetzungen der *class action*: *numerosity*, *commonality*, *typicality* sowie *fair and adequate representation*.

a) *Numerosity*

Eine Sammelklage ist nur zulässig, wenn die Gruppe so groß ist, dass ein Zusammenschluss der Kläger als Streitgenossenschaft (*joinder*²²) nicht oder nur schwierig durchführbar wäre (Rule 23(a)(1) FRCP). Neben der Größe der Gruppe sind weitere Faktoren wie etwa die geographische Streuung der Geschädigten, die Möglichkeit ihrer Identifizierung und die Realisierbarkeit individueller Klagen zu berücksichtigen.²³ Als Richtwert für die Gruppengröße, bei der eine Streitgenossenschaft noch als durchführbar erachtet wird, gelten maximal 15 bis 20 Personen.²⁴ Die Voraussetzung ist grundsätzlich erfüllt, wenn mit zahlreichen Spätgeschädigten bzw. „zukünftigen Geschädigten“²⁵ zu rechnen ist, da diese zum Zeitpunkt der Einreichung der *class action* (noch) keine Streitgenossenschaft bilden können.²⁶

b) *Commonality*

Nach Rule 23(a)(2) FRCP müssen die individuellen Ansprüche der Gruppenmitglieder überdies gemeinsame Rechts- und Tatsachenfragen aufweisen.²⁷ Der *class representative* muss mithin aufzeigen, dass die einheitliche Beurteilung der rechtlichen oder faktischen Gemeinsamkeiten in einem *class action*-

²² Dazu Hay, US Recht, N 166; Lüke, Beteiligung, S. 40 ff.

²³ Vgl. etwa *Robidoux v. Celani*, 987 F.2d 931, 936 (2^d Cir. 1993); *Anderson v. Pennsylvania Dept. of Public Welfare*, 1 F.Supp.2d 456, 461 (E.D. Pa. 1998); Newberg-Rubenstein, § 3:11.

²⁴ *General Telephone Co. of the Northwest v. EEOC*, 446 U.S. 318, 330 (1980); *Consolidated Rail Corp. v. Town of Hyde Park*, 47 F.3d 473, 483 (2^d Cir. 1995); vgl. aber auch *Moore v. Trippe*, 743 F.Supp. 201, 211 (S.D. N.Y. 1990); *Minersville Coal Co. v. Anthracite Export Ass'n*, 55 F.R.D. 426, 428 (M.D. Pa. 1971). Eine genaue Angabe der Anzahl von Geschädigten ist bei vielen Massen- und Streuschäden nicht möglich. Es genügt eine begründete Schätzung, vgl. *Robidoux v. Celani*, 987 F.2d 931, 935 (2^d Cir. 1993); Newberg-Rubenstein, § 3:13; Wright et al.-Kane, § 1762.

²⁵ Dazu näher Newberg-Rubenstein, § 3:15.

²⁶ *Hill v. Butterworth*, 170 F.R.D. 509, 514 (N.D. Fla. 1997); *Lanning v. Southeastern Pennsylvania Transp. Authority*, 176 F.R.D. 132, 148 (E.D. Pa. 1997); *Philipps v. Joint Legislative Committee on Performance and Review of State of Miss.*, 637 F.2d 1014, 1022 (5th Cir. 1981).

²⁷ Es genügt eine einzige Streitfrage, die den Individualansprüchen gemein ist, vgl. *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541, 2556 (2011); vgl. auch Newberg-Rubenstein, § 3:20.

Verfahren alle oder zumindest die meisten Individualansprüche unmittelbar betreffen würde.²⁸ Schwierigkeiten bereitet dieses Kriterium vor allem dann, wenn die einzelnen Ansprüche wesentliche Differenzen etwa bei den Schäden, der Kausalität und dem Verschulden aufweisen.²⁹ Insbesondere bei *mass tort personal injury cases*, also massenhaften Personenschäden verursacht etwa durch Asbest oder Tabak, werden *class actions* aufgrund überwiegender Differenzen bei den einzelnen Ansprüchen oft nicht zugelassen.³⁰

c) *Typicality*

Nach Rule 23(a)(3) FRCP muss der Anspruch des *class representative* mit Blick auf die Ansprüche aller Gruppenmitglieder typisch sein.³¹ Das *typicality*-Kriterium ist erfüllt, wenn der Anspruch des Repräsentanten aus demselben Ereignisablauf herrührt und auf dieselbe Rechtsbegründung gestützt wird wie die Ansprüche der anderen Gruppenmitglieder.³² Gewisse Unterschiede bei den Tatsachen – etwa unterschiedlich starke individuelle Betroffenheit – stehen der *typicality* nicht entgegen.³³

d) *Fair and adequate representation*

Der Repräsentant muss die Interessen der Gruppe fair und angemessen wahrnehmen (Rule 23(a)(4) FRCP). Da in der Regel viele Gruppenmitglieder von der *class action* jedenfalls zu Beginn des Verfahrens nichts wissen und sich auch nach der Kenntnisaufnahme nicht aktiv am Prozess beteiligen, muss sichergestellt sein, dass ihre Interessen während des gesamten Verfahrens geschützt werden.³⁴ Dass sich die Interessen des Repräsentanten aufgrund der *typicality* seines Anspruchs mit denjenigen der Gruppe decken, entspricht einer Idealvor-

²⁸ Vgl. *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541, 2551 (2011); *Jenkins v. Raymark Industries, Inc.*, 782 F.2d 468, 472 (5th Cir. 1986); Newberg-Rubenstein, § 3:18, 3:23.

²⁹ Vgl. *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541, 2551 ff. (2011).

³⁰ Vgl. etwa *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 609 ff. (1997); *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F.3d 734, 744 ff. (5th Cir. 1996); Newberg-Rubenstein, § 1:16; AMCL 4th, N 22.7; Eichholtz, S. 5 f., 46 ff.; Hopt/Kulms/von Hein, S. 36 f.

³¹ Vgl. *Jenkins v. Raymark Industries, Inc.*, 782 F.2d 468, 472 (5th Cir. 1986); *Baby Neal for and by Kanter v. Casey*, 43 F.3d 48, 57 (3rd Cir. 1994); Newberg-Rubenstein, § 3:28; Wright et al.-Kane, § 1764.

³² *In re Drexel Burnham Lambert Group, Inc.*, 960 F.2d 285, 291 (2^d Cir. 1992); *Robinson v. Metro-North Commuter R.R. Co.*, 267 F.3d 147, 155 (2nd Cir. 2001).

³³ *De La Fuente v. Stokely-Van Camp, Inc.*, 713 F.2d 225, 232 f. (7th Cir. 1983); *James v. City of Dallas, Tex.*, 254 F.3d 551, 571 (5th Cir. 2001).

³⁴ *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 42 f. (1940); Newberg-Rubenstein, § 3:50.

stellung; in Wirklichkeit birgt die Konzeption der *class action* als Stellvertreterklage ein erhebliches Potential an Interessenkonflikten.³⁵ Rule 23(a)(4) FRCP soll verhindern, dass der – der Konzeption nach selbsternannte³⁶ – *class representative* zulasten der anderen Gruppenmitglieder im Interesse nur eines Teils der Gruppe oder im eigenen Interesse handelt.³⁷ Verschärft wird das Problem dadurch, dass oft der anwaltliche Vertreter (*class counsel*) derjenige ist, der die Initiative zur Klage ergreift, einen „geeigneten“ Geschädigten ausfindig macht und diesen faktisch zum *class representative* bestimmt.³⁸ Letzterer spielt im Verfahren oft nur eine untergeordnete Rolle³⁹ und kann die Tätigkeit des *class counsel* nicht angemessen kontrollieren⁴⁰, obschon dies der Konzeption nach seine Hauptaufgabe wäre.⁴¹ Rule 23(a)(4) FRCP wird deshalb ergänzt durch Rule 23(g) FRCP⁴², wonach grundsätzlich das Gericht den Anwalt der Gruppe bestimmt. Dabei muss es namentlich die bereits in den Fall investierte Arbeit und Zeit des Anwalts, seine Erfahrung mit *class actions* und anderen komplexen Verfahren, seine Kenntnisse im betreffenden Rechtsgebiet und die ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen für den Fall berücksichtigen (Rule 23(g)(1)(A) FRCP). Spiegelbildlich zu Rule 23(a)(4) FRCP fordert Rule 23(g)(1)(B) FRCP eine angemessene Repräsentation der Gruppe auch durch den *class counsel*.⁴³ In diesem Zusammenhang kann das Gericht vom *class counsel* über alle für seine Ernennung relevanten Aspekte (etwa das Honorar)

³⁵ Dazu *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 625 ff. (1997); *Reynolds v. Beneficial National Bank*, 288 F.3d 277, 282 (7th Cir. 2002); zum Ganzen näher Newberg-Rubenstein, § 3:58.

³⁶ Vgl. dazu *Bronsteen/Fiss*, 78 Notre Dame L. Rev. 1419, 1420 f. (2003); Newberg-Rubenstein, § 3:53; eine Ausnahme davon gilt bei *securities class actions*, bei welchen sich der *class representative* bzw. *lead plaintiff* seit dem Jahr 1995 einem Bewerbungsverfahren stellen muss, vgl. *Wright et al.-Kane*, § 1806; *McLaughlin*, § 4:34; *Bergmeister*, S. 83 f.

³⁷ Vgl. *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 42 f. (1940); *General Telephone Co. of the Northwest v. EEOC*, 446 U.S. 318, 331 (1980); *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 594 (1997); *Wright et al.-Kane*, § 1768; Newberg-Rubenstein, § 3:58.

³⁸ Vgl. zur Frage der Zulässigkeit aktiver Anwerbung: *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio*, 471 U.S. 626 (1985); *Florida Bar v. Went For It*, 515 U.S. 618 (1995); *Kennedy v. United Healthcare of Ohio, Inc.*, 206 F.R.D. 191, 197 (S.D. Ohio 2002); *Busby v. JRHBW Realty, Inc.*, 513 F.3d 1314, 1323 f. (11th Cir. 2008); *McLaughlin*, § 4:40; Newberg-Rubenstein, § 9:6, 3:53, 3:78; Greer-Atlas, S. 30 f.

³⁹ *Greenfield v. Villager Industries, Inc.* 483 F.2d 824, 832 (3rd Cir. 1973); *New Directions Treatment Services v. City of Reading*, 490 F.3d 293, 313 (3rd Cir. 2007).

⁴⁰ Vgl. *Coffee*, 100 Colum. L. Rev. 370, 406 ff. (2000); *Schäfer*, S. 77 f.; vgl. aber auch *McLaughlin*, § 4:27, m.w.H.

⁴¹ Vgl. *Eubank v. Pella Corp.*, 753 F.3d 718, 719 f. (7th Cir. 2014); *Vassalle v. Midland Funding LLC*, 708 F.3d 747, 757 (6th Cir. 2013); *McLaughlin*, § 4:27; Greer-Fischer, S. 71 f.

⁴² Vgl. zum Verhältnis der beiden Bestimmungen Newberg-Rubenstein, § 3:80.

⁴³ Diese Voraussetzung wurde allerdings vor dem Inkrafttreten von Rule 23(g) FRCP in der Rechtsprechung bereits aus Rule 23(a)(4) FRCP abgeleitet, vgl. nur Newberg-Rubenstein, § 3:80.

Auskunft verlangen und diesbezüglich Anordnungen treffen (Rule 23(g)(1)(C)–(E) FRCP).⁴⁴ Diese Kompetenzen sind im Besonderen von Bedeutung für die Auswahl von Anwälten, die aus eigenem Antrieb Sammelklagen initiieren.⁴⁵ Werben mehrere Anwälte um die Ernennung zum *class counsel*, hat das Gericht nach Rule 23(g)(2) FRCP denjenigen zu bestimmen, der am „geeignetsten“ ist, die Interessen der Gruppe zu repräsentieren⁴⁶; indes kann es erforderlich sein, mehrere Anwälte bzw. Anwaltskanzleien zugleich mit der Aufgabe des *class counsel* zu betrauen.⁴⁷

3. Qualifizierte Voraussetzungen der *damages class action*

Die *damages class action* ist nur unter qualifizierten Bedingungen zulässig. Zum einen wird mit der sog. *predominance*-Voraussetzung geprüft, ob die gemeinsamen Rechts- und Tatsachenfragen die individuellen Begebenheiten der Einzelfälle überwiegen (Rule 23(b)(3) FRCP). Erforderlich ist ein derart enger Zusammenhang der individuellen Ansprüche, dass sich deren gebündelte Beurteilung in einem *class action*-Verfahren rechtfertigt.⁴⁸ Bei der Prüfung, ob die gemeinsamen Rechts- und Tatsachenfragen überwiegen, ist insbesondere danach zu fragen, welches Gewicht deren einheitliche Beurteilung für die Individualansprüche hätte.⁴⁹

Zum anderen muss nach Rule 23(b)(3) FRCP die Überlegenheit der Sammelklage gegenüber anderen Methoden der Rechtsdurchsetzung dargelegt werden (*superiority*). Als Alternativen in Betracht zu ziehen sind dabei namentlich Individualprozesse, Streitgenossenschaften, Musterprozesse oder spezialgesetzliche Verfahren.⁵⁰ Gemäß Rule 23(b)(3)(A)–(D) FRCP sind bei der Beurteilung der *superiority* (und der *predominance*) namentlich die Interessen der Geschädigten an einer individuellen Rechtsverfolgung, bereits rechtshängige Individualverfahren im Zusammenhang mit dem betreffenden Verfahren, die

⁴⁴ Vgl. dazu *Newton v. American Dept Services, Inc.*, 2015 WL 3614197 (N.D. Cal. 2015); zu den Grenzen der Auskunftspflicht auch *Newberg-Rubenstein*, § 3:86, m.w.H.

⁴⁵ Vgl. AMCL 4th, N 21.271; *Karlsgodt*, S. 32.

⁴⁶ Das Gericht berücksichtigt dabei beispielsweise den bereits betriebenen Aufwand im betreffenden Fall, die Erfahrung in ähnlichen Verfahren oder die Spezialisierung der Kanzlei bzw. des Anwalts. Vgl. etwa *In re Bank of America Corp. Securities, Derivative and ERISA Litigation*, 258 F.R.D. 260, 272 f. (S.D. N.Y. 2009); AMCL 4th, N 21.271; *Newberg-Rubenstein*, § 3:81.

⁴⁷ *Wright et al.-Kane*, § 1802.3; dies gilt insbes. bei *subclasses*, vgl. 2. Teil, A.I.4.

⁴⁸ *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 622 ff. (1997); *In re Fibreboard Corp.*, 893 F.2d 706, 712 (5th Cir. 1990); vgl. auch *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541, 2558 f. (2011); *Amgen Inc. v. Connecticut Retirement Plans and Trust Funds*, 133 S.Ct. 1184, 1196 (2013).

⁴⁹ *Rutstein v. Avis Rent-A-Car Systems, Inc.*, 211 F.3d 1228, 1234 (11th Cir. 2000); vgl. auch *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 623 ff. (1997).

⁵⁰ Dazu eingehend *Newberg-Rubenstein*, § 4:64 ff.

Vorzüge oder Nachteile einer Konzentration der Ansprüche an einem bestimmten Gerichtsstand sowie potentielle Schwierigkeiten des *case management* zu berücksichtigen.⁵¹ Bei Streuschäden wird die Überlegenheit der *damages class action* nach herrschender Rechtsprechung vermutet, da den Klägern der Anreiz zur individuellen Rechtsverfolgung aufgrund der geringen Schadenssumme fehlt.⁵² Weniger klar ist die Situation in der Regel bei Massenschäden, da in diesen Fällen Individualklagen eine realistische Alternative darstellen: Hier sind es primär Effizienzgesichtspunkte, insbesondere die Prävention einer Überlastung der Gerichte, die für eine *class action* sprechen.⁵³

4. Zulassungsverfahren (*certification*)

Die Prüfung der in Rule 23(a) und (b) FRCP bezeichneten Voraussetzungen der *class action* erfolgt in der *certification*, der in der Regel⁵⁴ die Prüfung allgemeiner Prozessvoraussetzungen wie der Klagebefugnis des Repräsentanten (*standing*)⁵⁵ und der Zuständigkeit des Gerichts (*jurisdiction*)⁵⁶ vorausgeht. Nicht selten kann der Beklagte mit einem Antrag auf Nichteintreten bzw. Klageabweisung wegen Unzulässigkeit (*motion to dismiss*) das Verfahren frühzeitig abwenden, wenn Prozessvoraussetzungen – etwa die Zuständigkeit – nicht erfüllt sind⁵⁷: In der Praxis scheitern vermutlich zwischen 20 und 30 Prozent der Sammelklagen an dieser Hürde.⁵⁸ Sind die Prozessvoraussetzungen hingegen erfüllt, hat das Gericht gemäß Rule 23(b)(1)(A) FRCP zu einem „frühen“, aber auch „zweckmäßigen“ Zeitpunkt über die *certification* zu entscheiden.⁵⁹

⁵¹ Diese Liste ist indes nicht abschließend, vgl. *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 615 f. (1997); dazu ausführlich *McLaughlin*, § 5:63 ff.; Newberg-Rubenstein, § 4:68 ff.

⁵² Vgl. *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F.3d 734, 748 (5th Cir. 1996); *In re PrudentialIns. Co. America Sales Practice Litigation Agent Actions*, 148 F.3d 283, 316 (3rd Cir. 1998); *Beattie v. CenturyTel, Inc.*, 511 F.3d 554, 567 (6th Cir. 2007); Newberg-Rubenstein, § 4:87, m.w.N.

⁵³ Vgl. *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 615 (1997); vgl. aber auch *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F.3d 734, 747 (5th Cir. 1996); *Vassalle v. Midland Funding LLC*, 708 F.3d 747, 758 (6th Cir. 2013).

⁵⁴ Differenzierend zur Reihenfolge der Analyse von *standing* und *certification* Newberg-Rubenstein, § 2:2, 7:9.

⁵⁵ Zu *standing* und Gegenstandslosigkeit bzw. Erledigung (*mootness*) vgl. Newberg-Rubenstein, § 2:1 ff.; Eichholtz, S. 111 ff.

⁵⁶ Dazu Wright et al.-Kane, § 1755 ff.; Newberg-Rubenstein, § 6:1 ff.

⁵⁷ Vgl. Rule 12(b) FRCP; *Karlsgodt*, S. 13 f.; *Schack*, Einführung, Rz. 101.

⁵⁸ Vgl. (ausschließlich mit Blick auf *securities class actions*) *Choi/Nelson/Pritchard*, 6 JELS 35, 48 (2009); *Baker/Griffith*, 157 U. Pa. L. Rev. 755, 775 (2009). Die *dismissal*-Quote kann offenbar von Gericht zu Gericht sehr unterschiedlich sein, vgl. *Pritchard/Sale*, 2 JELS 125, 142 (2005); vgl. für ältere Zahlen *Willging/Hooper/Niemic*, 71 N.Y.U. L. Rev. 74, 110 (1996).

⁵⁹ Dazu näher Newberg-Rubenstein, § 7:5; *Karlsgodt*, S. 29.

Die Zulassungsentscheidung ist für alle Beteiligten von eminenter Bedeutung: Erst mit der Zulassung kommt es zur Bündelung der Ansprüche und damit zur Veränderung des Kräfteverhältnisses zwischen den Geschädigten und dem Schädiger⁶⁰; insbesondere bei Streuschäden stellt sich bei der Entscheidung über die *certification* heraus, ob es überhaupt je zur Rechtsdurchsetzung kommt.⁶¹ Aufgrund der Tragweite der Zulassungsentscheidung wurde im Jahr 1998 mit Rule 23(f) FRCP die Möglichkeit einer separaten Anfechtung der *certification order* geschaffen.⁶²

Die Rechtsprechung fordert eine strenge Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen von Rule 23 FRCP, wobei vor allem die Frage, inwiefern die Erfolgsaussichten der Sammelklage im Rahmen der *certification* eine Rolle spielen, Schwierigkeiten bereitet.⁶³ In der *certification order* müssen nach Rule 23(c)(1)(B) FRCP die Gruppe der Geschädigten (und deren Ansprüche⁶⁴) definiert sowie der *class counsel*⁶⁵ bestimmt werden. Die Bedeutung der Definition der Gruppe ist offenkundig: Sie identifiziert die Personen, die (mutmaßlich) einen Entschädigungsanspruch haben und über das *class action*-Verfahren informiert werden müssen, da sie von der Bindungswirkung eines späteren Urteils oder Gruppenvergleichs (zumindest provisorisch) erfasst werden.⁶⁶ Einen Definitionsvorschlag reicht der *class representative* mit der Klageschrift ein.⁶⁷ Je nach Sachlage kann es erforderlich sein, innerhalb der Gruppe durch die Bildung von Untergruppen (*subclasses*) zu differenzieren und separate *subclass representatives* und *counsels* zu bestimmen; dies gilt insbesondere dann, wenn mit Spätgeschädigten bzw. „zukünftigen Geschädigten“ zu rechnen ist.⁶⁸ Zwingend vorausgesetzt wird eine genügend präzise Definition, die sich nach

⁶⁰ Vgl. nur *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 817 (3rd Cir. 1995); *Hopt/Kulms/von Hein*, S. 19; *Hess*, JZ 2000, 373, 374.

⁶¹ *Eichholtz*, S. 129 f.; *Newberg-Rubenstein*, § 7:18; vgl. auch *Eisen v. Carlisle and Jacquelin*, 417 U.S. 156, 162 (1974).

⁶² Die Zulassung der Anfechtung steht allerdings im Ermessen des Gerichts, vgl. *Newberg-Rubenstein*, § 7:41; *Willging/Lee III*, 58 Kan. L. Rev. 775, 783 ff. (2010).

⁶³ Vgl. *Amgen Inc. v. Connecticut Retirement Plans and Trust Funds*, 133 S.Ct. 1184, 1194 f. (2013); *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541, 2551 f. (2011); *General Telephone Co. of Southwest v. Falcon*, 457 U.S. 147, 160 (1982); *Eisen v. Carlisle and Jacquelin*, 417 U.S. 156, 177 f. (1974); *Newberg-Rubenstein*, § 7:23; vgl. dazu auch *Hopt/Kulms/von Hein*, S. 45 ff. (zur Rechtslage bis 2005).

⁶⁴ Dazu näher *Newberg-Rubenstein*, § 7:26.

⁶⁵ Vgl. dazu bereits 2. Teil, A.I.2.d.

⁶⁶ AMCL 4th, N 21.222.

⁶⁷ Vgl. dazu *Greer-Fischer*, S. 47 ff.; *Newberg-Rubenstein*, § 7:27.

⁶⁸ Vgl. *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 626 f. (1997); *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815, 856 (1999); *Newberg-Rubenstein*, § 7:31; AMCL 4th, N 21.23.

objektiven Kriterien richtet.⁶⁹ Sind die Kriterien zu unbestimmt, zu weit oder auch zu eng, kann sie das Gericht nach eigenem Ermessen in der *certification order* anpassen.⁷⁰

Während die Verjährung aller Ansprüche der Gruppenmitglieder mit der Einreichung der *class action* unterbrochen wird⁷¹, hat die *certification* keinen unmittelbaren Einfluss auf Parallelverfahren⁷²; erst das Urteil bzw. der genehmigte Gruppenvergleich entfaltet *res judicata*-Wirkung, die in Parallelverfahren einredeweise geltend gemacht werden kann.⁷³

Unklar ist schließlich, wie vielen Klagen tatsächlich die *certification* erteilt wird. In der Literatur werden Zulassungsquoten von 15 bis 30 Prozent genannt, die sich freilich jeweils auf sämtliche als *class action* intendierten Klagen beziehen. In nur 30 bis 40 Prozent dieser Verfahren wird überhaupt je ein Antrag auf *certification* gestellt, der Rest wird wie bereits erwähnt wegen fehlender Klagebefugnis, fehlender Zuständigkeit, Aussichtslosigkeit oder aus anderen Gründen zurückgezogen bzw. abgewiesen.⁷⁴

5. Benachrichtigung

Nach der Konzeption des Gesetzes werden die Gruppenmitglieder erstmals nach der *certification* (Rule 23(c)(2) FRCP) und im weiteren Verlauf des Verfahrens zumindest bei Abschluss eines Vergleichs ein zweites Mal benachrichtigt.⁷⁵ Bei der in der Praxis dominierenden *settlement (-only) class action*⁷⁶ fällt

⁶⁹ Als solche gelten beispielsweise das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, der Kauf eines Produktes oder von Wertpapieren, siehe AMCL 4th, N 21.222. Ungenügend sind subjektive Kriterien oder solche, die von der materiellrechtlichen Beurteilung des Falles abhängen, vgl. etwa *Newton v. Southern Wood Piedmont Co.*, 163 F.R.D. 625, 632 (S.D. Ga. 1995); *De Bremaecker v. Short*, 433 F.2d 733, 734 (5th Cir. 1970); vgl. zum Ganzen auch *McLaughlin*, § 4:2; *Karlsgodt*, S. 23 f.; *Baetge/Eichholtz*, S. 303 f.

⁷⁰ *Gardner v. Westinghouse Broadcasting Co.*, 559 F.2d 209, 212 (3rd Cir. 1977); *Robidoux v. Celani*, 987 F.2d 931, 937 (2^d Cir. 1993); *Hagen v. City of Winnemucca*, 108 F.R.D. 61, 63 f. (D. Nev. 1985); vgl. auch AMCL 4th, N 21.222; *Baetge/Eichholtz*, S. 303; vgl. aber zur *settlement class* 2. Teil, A.II.3 (dort Fn. 147).

⁷¹ Vgl. *Crown, Cork & Seal Co., Inc. v. Parker*, 462 U.S. 345, 350 (1983); *American Pipe & Construction Co. v. Utah*, 414 U.S. 538, 553 (1974); Newberg-Rubenstein, § 9:53.

⁷² Newberg-Rubenstein, § 13:19; vgl. aber zur Möglichkeit von *antisuit injunctions* Newberg-Rubenstein, § 10:42 ff.

⁷³ Vgl. dazu auch 2. Teil, A.II.7.

⁷⁴ Dazu Newberg-Rubenstein, § 1:17; *Pace/Carroll/Vogelsang/Zakaras*, S. xxi und S. 39 f.; *Eisenberg/Miller*, 7 JELS 248, 280 (2010); *Willging/Lee III*, 80 U. Cin. L. Rev. 315, 320 ff. (2011); *Willging/Lee III*, 58 Kan. L. Rev. 775, 789 ff. (2010); *Willging/Hooper/Niemc*, 71 N.Y.U. L. Rev. 74, 101 (1996).

⁷⁵ Vgl. Rule 23(e)(1), Rule 23(h)(1), Rule 23(d)(1)(B) FRCP; Newberg-Rubenstein, § 8:1.

⁷⁶ Vgl. dazu näher 2. Teil, A.II.2.

die Benachrichtigung der *certification* allerdings oft zeitlich mit der Bekanntgabe der Vergleichsvereinbarung und der gerichtlichen Festsetzung des Anwaltshonorars zusammen.⁷⁷

Verantwortlich für die Zustellung sind in den USA grundsätzlich die Parteien (Rule 4(c) FRCP), die oft spezialisierte Dienstleister beiziehen⁷⁸, insbesondere auch in Sammelklageverfahren.⁷⁹

Inhalt und Form der Benachrichtigung sind nur für Schadenersatzklagen nach Rule 23(b)(3) FRCP im Einzelnen festgelegt; bei *mandatory class actions* nach Rule 23(b)(1) und (2) FRCP ist die Regelung der Benachrichtigung Sache des Gerichts (Rule 23(c)(2)(A) und (B) FRCP).⁸⁰ Die Zulassung einer Schadenersatzklage ist der Gruppe gemäß Rule 23(c)(2)(B) FRCP in bestmöglicher Art und Weise mitzuteilen. Zwingend erforderlich ist eine individuelle Benachrichtigung sämtlicher Gruppenmitglieder, soweit der für ihre Identifizierung erforderliche Aufwand angemessen ist.⁸¹ Die Geschädigten sind in einer einfach verständlichen Sprache über die Art bzw. Funktion der Sammelklage, über die Definition der Gruppe und deren Ansprüche, über Möglichkeiten individueller Intervention im Verfahren, über die Bindungswirkung eines Urteils und insbesondere über das *opt-out*-Recht zu informieren (Rule 23(c)(2)(B)(i)-(vii) FRCP). Die Benachrichtigung hat grundsätzlich per Post zu erfolgen; subsidiär kann per E-Mail oder via Anzeigen in Tageszeitungen und Zeitschriften oder im Fernsehen, Radio und Internet über das Verfahren informiert werden.⁸²

Nach ständiger Rechtsprechung ist der tatsächliche Empfang der Benachrichtigung keine Voraussetzung für deren Wirksamkeit.⁸³ Grundsätzlich sind demnach auch Geschädigte, die nicht von der Sammelklage erfahren haben, an

⁷⁷ Vgl. Newberg-Rubenstein, § 8:1, 8:2; AMCL 4th, N 21.31; vgl. dazu auch 2. Teil, A.II.3.

⁷⁸ Schack, Einführung, Rz. 92; Böhm, Rz. 297; Greer-Holland, S. 227 ff.

⁷⁹ Newberg-Rubenstein, § 8:27; Karlsgodt, S. 39 f. Genau genommen muss gemäß Rule 23(c)(2) FRCP das Gericht die Benachrichtigung anordnen; dies wird jedoch überwiegend dahingehend interpretiert, dass Inhalt und Form der Benachrichtigung vom Gericht *gebilligt* werden müssen; vgl. AMCL 4th, N 21.31; McLaughlin, § 5:85; Bergmeister, S. 120 f.

⁸⁰ Zur Begründung der unterschiedlichen Regelungen Eichholtz, S. 136 f.

⁸¹ Die Frage der Angemessenheit ist im Einzelfall zu beurteilen; maßgebende Faktoren sind dabei die voraussichtlichen Ergebnisse und Kosten der Suche sowie die Anzahl der Geschädigten, die identifiziert werden müssen, vgl. dazu *In re Nissan Motor Corp. Antitrust Litigation*, 552 F.2d 1088, 1098 f. (5th Cir. 1977); Newberg-Rubenstein, § 8:8; McLaughlin, § 5:80. Entstehen dem Beklagten Kosten aufgrund seiner Hilfe bei der Identifizierung, hat der *class representative* ihm diese grundsätzlich zu erstatten, vgl. *Oppenheimer Fund, Inc. v. Sanders*, 437 U.S. 340, 356 ff. (1978).

⁸² Vgl. AMCL 4th, N 21.311; Newberg-Rubenstein, § 8:27 ff.; Bergmeister, S. 116 f.

⁸³ *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 314 ff. (1950); *Silber v. Mabon*, 18 F.3d 1449, 1453 ff. (9th Cir. 1994); *Juris v. Inamed Corp.*, 685 F.3d 1294, 1321 (11th Cir. 2012); *Reppert v. Marvin Lumber and Cedar Co., Inc.*, 359 F.3d 53, 56 f. (1st Cir. 2004); vgl. auch 3. Teil, C.II.1.b.

ein Urteil oder einen Gruppenvergleich gebunden. Nachträglich angefochten werden kann die Benachrichtigung nur mit Blick auf die Frage, ob sie in best-möglicher Art und Weise durchgeführt wurde, nicht aber der Umstand, dass die Benachrichtigung im Individualfall gescheitert ist.⁸⁴

Nicht im Gesetz geregelt ist, wer die Kosten der Benachrichtigung trägt. Nach der Rechtsprechung des *Supreme Court* hat der *class representative* die Kosten der Benachrichtigung zu tragen, und zwar selbst dann, wenn die Kosten im Einzelfall aufgrund der Größe der Gruppe im Verhältnis zum geltend gemachten Schaden prohibitiv hoch sind.⁸⁵ Die Kosten können jedoch anteilmäßig auf die Gruppenmitglieder verteilt und durch den Anwalt vorgestreckt werden.⁸⁶ In der Praxis trägt freilich oft der Beklagte die Kosten der Benachrichtigung: Wird bei *settlement class actions* zeitgleich über die *certification*, den Vergleichsvorschlag und das Anwaltshonorar informiert, verpflichtet sich der Beklagte i.d.R. in der Vergleichsvereinbarung zur Tragung sämtlicher Kosten der Benachrichtigung.⁸⁷

6. Richterliche Prozessleitung und Beweisermittlung (*discovery*)

Als sog. *adversary system* ist der klassische Zivilprozess in den USA von den Handlungen der konkurrierenden Parteien geprägt; wenngleich das Gericht vielseitige Gestaltungsmöglichkeiten hat, greift es in der Regel nur zurückhaltend in den Ablauf des Verfahrens ein.⁸⁸ Anders verhält es sich bei *class action*-Verfahren, die aufgrund der Vielzahl überwiegend passiv beteiligter Personen und der Schwierigkeit, deren Interessen zu schützen, einen vergleichsweise stark strukturierten Verfahrensablauf sowie weitreichende gerichtliche Eingriffsrechte erfordern.⁸⁹ Vor diesem Hintergrund sind die der Hauptverhandlung vorgelagerten *pretrial conferences* für die Organisation des *class action*-Verfahrens von zentraler Bedeutung: Die (für sämtliche Zivilverfahren vorgeschriebenen) Sitzungen dienen dazu, den Streitgegenstand einzugrenzen und die Beweisermittlung sowie generell den Ablauf des Verfahrens zu planen und effizient zu gestalten. Überdies sollen bereits in diesem frühen Verfahrensstadium Vergleichsverhandlungen gefördert werden (Rule 16(a), Rule 16(c)

⁸⁴ Vgl. *Juris v. Inamed Corp.*, 685 F.3d 1294, 1321 (11th Cir. 2012); zum Ganzen näher Newberg-Rubenstein, § 8:36; Bergmeister, S. 119, 172 f.

⁸⁵ *Eisen v. Carlisle and Jacquelin*, 417 U.S. 156, 175 ff. (1974); dazu Newberg-Rubenstein, § 8:32.

⁸⁶ *Rand v. Monsanto Co.*, 926 F.2d 596, 598 ff. (7th Cir. 1991).

⁸⁷ Newberg-Rubenstein, § 8:31, 8:34; AMCL 4th, N 21.312; vgl. aber zur Frage der Einpreisung solcher Kosten im Vergleichsangebot des Schädigers 3. Teil, F.II.

⁸⁸ Vgl. *Greenlaw v. U.S.*, 554 U.S. 237, 243 (2008); *Junker*, Informationsbeschaffung, S. 66 f., 121 ff.; Lorenz, ZJP 111 (1998), 35, 54.

⁸⁹ *Sward*, 64 Ind. L.J. 301, 333 ff. (1989); *Eichholtz*, S. 153 ff.; *Hopt/Kulms/von Hein*, S. 55 ff.

FRCP).⁹⁰ Für *class action*-Verfahren ergeben sich ferner aus Rule 23(d) FRCP weitere Kompetenzen zur richterlichen Prozessleitung.⁹¹

Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die Bestimmungen zur Ermittlung des Sachverhalts und der Beweismittel (*disclosures and discovery*, Rule 26–37 FRCP).⁹² Im Unterschied zur kontinentaleuropäischen Tradition liegt diese nach US-amerikanischen Bundesrecht weitgehend in der Verantwortung der Parteien und findet nicht während des Hauptverfahrens, sondern bereits davor statt. Die Parteien haben umfassende gegenseitige Auskunftspflichten, die ihnen – als Element des *adversary system* – die Durchsetzung ihrer Rechte zu gleichen Bedingungen ermöglichen sollen.⁹³ Wohl ebenfalls Zweck⁹⁴, jedenfalls aber Folge der *discovery* ist zudem die Förderung der Prozessbeendigung durch Vergleich: Da beide Parteien zur Offenlegung aller entscheidungsrelevanten Tatsachen verpflichtet sind, lassen sich die Erfolgsaussichten des eigenen oder des gegnerischen Anspruchs besser einschätzen. In Kombination mit dem – in diesem Zusammenhang wohl mindestens ebenso relevanten – Faktor, dass die Parteien ihre Anwaltskosten aufgrund der sog. *American rule*⁹⁵ in der Regel selber tragen müssen, besteht ein starker Anreiz, den Rechtsstreit durch Vergleich möglichst früh zu beenden.⁹⁶ Allerdings können bereits die bei einer *discovery* eingesetzten Mittel⁹⁷ unverhältnismäßig hohe Kosten verursachen, die die auskunftspflichtigen Parteien grundsätzlich ebenfalls selbst zu tragen haben. Im Extremfall kann sich namentlich die beklagte Partei gezwungen sehen, bereits das *discovery*-Verfahren durch ein frühes Vergleichsangebot zu vermeiden, selbst wenn sie gute Prozesschancen hätte.⁹⁸ Unklar bleibt aber, wie häufig dieses Problem in der Praxis tatsächlich

⁹⁰ Dazu ausführlich Wright et al.-Kane, § 1521 ff.; siehe auch Schack, Einführung, Rz. 143 f.; Hopt/Kulms/von Hein, S. 29 f.

⁹¹ Vgl. Wright et al.-Kane, § 1791 ff.

⁹² Vgl. nur Junker, Informationsbeschaffung, S. 119 ff.; Böhm, Rz. 388 ff.

⁹³ *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 501, 507 (1947); Lorenz, ZZP 111 (1998), 35, 48 f.

⁹⁴ So ausdrücklich *Crowe v. Chesapeake and Ohio Railway Co.*, 29 F.R.D. 148, 151 (E.D. Mich. 1961); *In re Matter of Hawaii Corp.*, 88 F.R.D. 518, 524 (D. Haw. 1980); *Sender v. Mann*, 225 F.R.D. 645, 650 (D. Colo. 2004); Junker, *Discovery*, S. 108 f.; Lorenz, ZZP 111 (1998), 35, 49.

⁹⁵ Vgl. dazu 2. Teil, A.II.9.a.

⁹⁶ *Brazil*, 31 Vand. L. Rev. 1295, 1302 (1978); Junker, *Discovery*, S. 109 f.; Schack, Einführung, Rz. 146 f.; Böhm, Rz. 513; Zekoll, S. 1335.

⁹⁷ Von Bedeutung sind primär mündliche Aussagen unter Eid (*depositions*, Rule 30 FRCP), schriftliche Fragebögen (*written interrogatories*, Rule 33 FRCP) sowie die Vorlage von Urkunden, inkl. digitaler Informationen (*production of documents & e-discovery*, Rule 34 FRCP), dazu Schack, Einführung, Rz. 116 ff.; Junker, *Discovery*, S. 149 ff.

⁹⁸ Junker, *Discovery*, S. 90 f.; Schack, Einführung, Rz. 113 f.; AMCL 4th, N 13.22; vgl. auch die *dissenting opinion* von Justice Breyer in *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241, 268 (2004); Greer-Mullenix, S. 190.

vorkommt. Offenbar wird nicht selten auch aus anderen Gründen auf eine *discovery* verzichtet.⁹⁹ Mit Blick auf das *class action*-Verfahren ergeben sich besondere Probleme bei der Sachverhalts- und Beweisermittlung hauptsächlich im Zusammenhang mit der Zulassungsprüfung (*pre- und post-certification discovery*)¹⁰⁰ und mit *discovery*-Begehren gegenüber passiven Gruppenmitgliedern.¹⁰¹

7. Beteiligungsrechte der Gruppenmitglieder: *Intervention und opt-out*

Auch wenn sie der *class representative* im Verfahren vertritt, haben die Geschädigten die Möglichkeit, sich durch *intervention* (Rule 24 FRCP) aktiv am Verfahren zu beteiligen und eine formelle Parteistellung zu erlangen.¹⁰² Ein Betritt in den Prozess durch *Intervention* kann etwa erfolgen, wenn der *class representative* aufgrund mangelhafter Prozessführung ersetzt werden soll oder wenn die beitretende Partei geltend macht, ihre Interessen würden nicht angemessen vertreten.¹⁰³ In der Praxis kommt das indes nur selten vor.¹⁰⁴ Anstelle oder zur Vorbereitung der *Intervention* können Gruppenmitglieder gestützt auf Rule 23(c)(2)(B)(iv) FRCP Zugang zum Prozessstoff verlangen.¹⁰⁵

Verfassungsrechtlich garantiert¹⁰⁶ ist das Recht zum *opt-out*, wenn auch grundsätzlich nur bei *damages class actions*.¹⁰⁷ Nach Rule 23(c)(2)(B)(vi) FRCP müssen die Geschädigten nach der *certification* im Rahmen der Benachrichtigung über die Form und Frist einer Austrittserklärung informiert werden.

⁹⁹ Vgl. dazu die (ältere) Studie von Kakalik/Hensler/McCaffrey, 39 B.C.L. Rev. 613, 635 (1998); siehe dazu auch Hensler, United States, S. 536. Möglicherweise hat sich das Problem seit der Etablierung der *e-discovery* aber verschärft, vgl. Beisner, 60 Duke L.J. 547, 550 ff. (2010), dort auch S. 577 ff. zu fruchtlosen Reformmaßnahmen des Gesetzgebers.

¹⁰⁰ Vgl. AMCL 4th, N 21.14; Newberg-Rubenstein, § 7:14.

¹⁰¹ Vgl. AMCL 4th, N 21.41; Newberg-Rubenstein, § 9:11.

¹⁰² Vgl. dazu Rule 23(d)(1)(B)(iii) sowie Rule 23(d)(1)(c) FRCP; Wright et al.-Kane, § 1799.

¹⁰³ Dazu näher Wright et al.-Kane, § 1799; Newberg-Rubenstein, § 9:30, 9:35; Bergmeister, S. 132 f.

¹⁰⁴ AMCL 4th, N 21.26; vgl. für ältere empirische Studien zur Interventionsrate Willing/Hooper/Niemic, 71 N.Y.U. L. Rev. 74, 138 f. (1996).

¹⁰⁵ Bergmeister, S. 132; vgl. Ramsey v. Arata, 406 F.Supp. 435, 442 (N.D. Tex. 1975); Newberg-Rubenstein, § 9:37.

¹⁰⁶ Phillips Petroleum Co. v. Shutts, 472 U.S. 797, 811 (1985); Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S.Ct. 2541, 2559 (2011).

¹⁰⁷ Vgl. zu den Gründen Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S.Ct. 2541, 2557 ff. (2011); Berger v. Xerox Corp. Retirement Income Guarantee Plan, 338 F.3d 755, 764 (7th Cir. 2003); zur Einführung des *opt-out*-Modells im Jahr 1966 Rabiej, 24 Miss. C. L. Rev. 323, 336 ff. (2005); Kaplan, 81 Harv. L. Rev. 356, 397 f. (1967).

Üblich sind eine leicht verständliche Erklärung der möglichen Handlungsalternativen¹⁰⁸, ein vorbereitetes Austrittsformular und eine Frist von 30 bis 60 Tagen ab Erhalt der Benachrichtigung.¹⁰⁹ Ausreichend ist jede Mitteilung, die vernünftigerweise als Austrittserklärung interpretiert werden kann.¹¹⁰ Ein *opt-out* nach Fristablauf ist nur in absoluten Ausnahmefällen möglich, wenn den Betroffenen der Nachweis entschuldbarer Nachlässigkeit (*excusable neglect*) gelingt, was praktisch nie der Fall ist.¹¹¹

8. Hauptverhandlung und Urteil

Kommt es im Verlauf des Vorverfahrens, d.h. der *pretrial conferences* und der *discovery*, nicht zum Abschluss eines Gruppenvergleichs, folgt die Hauptverhandlung (gegebenenfalls unter Beteiligung von Geschworenen als *jury-trial*¹¹²) und schließlich das Urteil.¹¹³ Gemäß Rule 23(c)(3) FRCP muss aus dem Urteil hervorgehen, wer zur Gruppe gehört und von der Bindungswirkung erfasst wird.¹¹⁴ Eine Benachrichtigung der Gruppenmitglieder ist bezeichnenderweise nicht zwingend vorgeschrieben, kann aber gestützt auf Rule 23(d)(1)(B) FRCP veranlasst werden. Insbesondere bei *damages class actions* sind die Geschädigten über das Urteil und (soweit der Klage stattgegeben wurde) über das Verteilungsverfahren¹¹⁵ zu informieren.¹¹⁶

¹⁰⁸ Anspruchsanmeldung, *opt-out*, Intervention, Einwände gegen ein Gruppenvergleich sowie Untätigkeit, vgl. Newberg-Rubenstein, § 9:44.

¹⁰⁹ Dazu näher AMCL 4th, N 21.321.

¹¹⁰ *Plummer v. Chemical Bank*, 668 F.2d 654, 657 (2nd Cir. 1982). Ungenügend ist die bloße Beteiligung an Individualklage- oder Schiedsverfahren während der *opt-out*-Frist: *In re Prudential Securities Inc. Ltd. Partnership Litigation*, 107 F.3d 3, 4 (2nd Cir. 1996); Newberg-Rubenstein, § 9:46.

¹¹¹ Vgl. Rule 6(b)(1)(B) FRCP; *In re Painwebber Limited Partnerships Litigation*, 147 F.3d 132, 135 f. (2nd Cir. 1998); *In re Prudential Securities Inc. Ltd. Partnership Litigation*, 107 F.3d 3 ff. (2nd Cir. 1996); *Silber v. Mabon*, 18 F.3d 1449, 1454 ff. (9th Cir. 1994); Newberg-Rubenstein, § 9:45, m.w.N.

¹¹² Vgl. *Ross v. Bernard*, 396 U.S. 531, 541 (1970); *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815, 845 f. (1999); vgl. auch Newberg-Rubenstein, § 11:22.

¹¹³ Dazu näher Newberg-Rubenstein, § 11:1.

¹¹⁴ Vgl. zur nachträglichen Verbesserung eines Urteils in dieser Hinsicht *Vaughter v. Eastern Air Lines, Inc.*, 817 F.2d 685, 689 f. (11th Cir. 1987); *Wright et al.-Kane*, § 1789.

¹¹⁵ Vgl. dazu 2. Teil, A.II.8.

¹¹⁶ AMCL 4th, N 21.313.

II. Class action settlements

1. Bedeutung des Vergleichs in Zweiparteien- und class action-Verfahren

Der Vergleich ist im US-amerikanischen Zivilverfahren die dominierende Form der Prozessbeendigung; nach Abzug der durch Klagerückzug und -abweisung (*dismissal*) oder Säumnisurteil beendeten Verfahren werden schätzungsweise zwei Drittel aller Zivilverfahren durch Vergleich beendet.¹¹⁷

Dem gerichtlichen Vergleich nach hiesigem Verständnis stehen in den USA mehrere, nicht immer eindeutig voneinander abgrenzbare prozessuale Rechtsinstitute zur Titulierung von Vergleichsvereinbarungen gegenüber.¹¹⁸ Gruppenvergleiche zur Beendigung von *class action*-Verfahren werden zu den *court-approved settlements* gezählt; bei dieser Form ist eine gerichtliche Überprüfung der Vergleichsvereinbarungen explizit im Gesetz vorgeschrieben.¹¹⁹ Fast alle *class action*-Verfahren, die die Zulassung erhalten, werden durch *settlement* beendet.¹²⁰ Nach herrschender Auffassung sprechen vor allem Effizienzgesichtspunkte für diese Form der Verfahrensbeendigung.¹²¹

¹¹⁷ Eisenberg/Lanvers, 6 JELS 111, 115 (2009); Galanter/Cahill, 46 Stan. L. Rev. 1339, 1340 (1994). Begründet wird die hohe Vergleichsquote in der Literatur meist mit der vorprozessualen Sachverhalts- und Beweisermittlung in der *discovery* (Langbein, 122 Yale L.J. 522, 542 ff. (2012); Hay, Streitbeendigung, S. 102), den hohen, nach der *american rule* zu tragenden Kosten (Böhm, Rz. 513; dazu bereits 2. Teil, A.I.6) und schließlich der Förderung der einvernehmlichen Streitbeendigung durch den Gesetzgeber und die Gerichte, vgl. Galanter/Cahill, 46 Stan. L. Rev. 1339, 1340 ff. (1994); Langbein, 122 Yale L.J. 522, 559 ff. (2012); Böhm, Rz. 513 ff.; Murray, S. 305 ff., 312 f. Kritisch zur Förderung des Vergleichs etwa Fiss, 93 Yale L.J. 1073 (1984); ders., 78 Fordham L. Rev. 1273 (2009); differenzierend Menkel-Meadow, 83 Geo. L.J. 2663 (1995); vgl. zur Diskussion im deutschsprachigen Raum bereits 1. Teil, A.II.

¹¹⁸ Dazu ausführlich Spitzer, S. 51 ff.; Böhm, Rz. 517 ff.

¹¹⁹ Spitzer, S. 75. Je nach Sachlage wird der Gruppenvergleich zur Beendigung einer *class action* auch als *consent decree* ausgestaltet, einer besonderen Form gerichtlich genehmigter *settlements*, deren Zweck es in der Regel ist, die Durchsetzung des vereinbarten Tuns oder Unterlassens des Beklagten durch Androhung von Zwangsmaßnahmen (*contempt order*) zu vereinfachen, vgl. Spitzer, S. 56 ff.; Christina A. ex rel. Jennifer A. v. Bloomberg, 315 F.3d 990, 992 f. (8th Cir. 2003); *In re Masters Mates & Pilots Pension Plan and IRAP Litigation*, 957 F.2d 1020, 1025 f. (2nd Cir. 1992); vgl. auch Stein/Jonas-Roth, § 328 N 58; zu pauschal insoweit Schack, Einführung, Rz. 205 (– die Terminologie ist freilich uneinheitlich); vgl. zur Rechtsnatur genehmigter Gruppenvergleiche auch 3. Teil, B.II.2.

¹²⁰ Eindeutige Zahlen lassen sich nicht zweifelsfrei anführen, vgl. dazu Willging/Lee III, 58 Kan. L. Rev. 775, 791 f. (2010); Fitzpatrick, 7 JELS 811, 812 (2010); Nagareda, 103 Colum. L. Rev. 149, 151 (2003); Hensler et al., Class Action Dilemmas, S. 75 (dort Fn. 52); Willging/Hooper/Niemiec, 71 N.Y.U. L. Rev. 74, 143 f. (1996).

¹²¹ Allen v. Bedolla, 787 F.3d 1218, 1223 (9th Cir. 2015); Ehrheart v. Verizon Wireless, 609 F.3d 590, 594 f. (3rd Cir. 2010); Bano v. Union Carbide Corp., 273 F.3d 120, 129 f. (2nd Cir. 2001); *In re A.H. Robins Co., Inc.*, 880 F.2d 709, 738 ff. (4th Cir. 1989); Cotton v. Hinton, 559 F.2d 1326, 1331 (5th Cir. 1977); vgl. auch McLaughlin, § 6:3, m.w.N.

2. Class action settlements und settlement (-only) class actions

Die Voraussetzungen der Beendigung des *class action*-Verfahrens durch *settlement* (sowie durch Klagerücknahme und Erledigterklärung¹²²) sind in Rule 23(e) FRCP geregelt. Die Geschädigten müssen nach Abschluss einer Vergleichsvereinbarung über deren Inhalt informiert werden und die Möglichkeit haben, im Rahmen einer Anhörung Einwände dagegen geltend zu machen¹²³; überdies muss die Vereinbarung vom Gericht genehmigt werden.¹²⁴ Soweit es sich um eine *damages class action* handelt, kann das Gericht überdies ein zweites *opt-out*-Recht für die Geschädigten zur Bedingung der Genehmigung machen.¹²⁵

Abweichend von der Konzeption des Gesetzes dominieren in der Praxis allerdings sog. *settlement (-only) class actions*. Sie unterscheiden sich von herkömmlichen (*litigation-*) *class action settlements* darin, dass die Parteien bereits vor der *certification* der Sammelklage eine Einigung erzielen und die Vergleichsvereinbarung gemeinsam mit dem *certification*-Antrag beim Gericht einreichen.¹²⁶ Beantragt wird die Zulassung der *class action* unter der Bedingung, dass das Gericht den vorgeschlagenen Gruppenvergleich genehmigt; sind die Voraussetzungen dafür nicht gegeben, wird das Verfahren abgeschrieben – es kann somit nicht nachträglich doch noch ein *class action*-Urteil ergehen.¹²⁷ Da der Beklagte die Zulässigkeit der Sammelklage nicht bekämpfen wird – was das Verfahren erheblich verzögern und Kosten verursachen würde –, haben die Kläger einen Anreiz, sich auf eine *settlement class* einzulassen.¹²⁸

Infolge des simultanen Antrags auf *certification* und Genehmigung der Vergleichsvereinbarung werden die Geschädigten nach einer kurzen gerichtlichen Vorprüfung in ein und derselben Benachrichtigung über die Zulassung des *class action*-Verfahrens, den Vergleichsinhalt, die Einsprachemöglichkeiten, das Anwaltshonorar und (bei *damages class actions*) über das *opt-out*-Recht informiert.¹²⁹ Schließlich entscheidet das Gericht unter Berücksichtigung aller

¹²² Vgl. dazu Eichholtz, S. 201.

¹²³ Vgl. dazu 2. Teil, A.II.4.

¹²⁴ Vgl. 2. Teil, A.II.6.

¹²⁵ Vgl. 2. Teil, A.II.4.

¹²⁶ *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 786 (3rd Cir. 1995); Newberg-Rubenstein, § 9:43; McLaughlin, § 6:3.

¹²⁷ *Redish/Kastanek*, 73 U. Chi. L. Rev. 545, 546 (2006); *Erichson*, 82 Geo. Wash. L. Rev. 951, 957 (2014); *Rosenberg*, 88 Va. L. Rev. 1871, 1876 (2002); vgl. auch *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 621 (1997); vgl. für eine graphische Darstellung des typischen Verfahrensablaufs Anhang 1 (S. 220).

¹²⁸ *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 790 (3rd Cir. 1995); *Hensler et al.*, S. 480; vgl. zur Prüfung der Zulässigkeit 2. Teil, A.I.4.

¹²⁹ AMCL 4th, N 21.31; Newberg-Rubenstein, § 8:1 f.; vgl. dazu auch bereits 2. Teil, A.I.5.

verfügbaren Informationen über die definitive Zulassung und Genehmigung des Gruppenvergleichs.¹³⁰ Durch die Verringerung der Verfahrensschritte und die einmalige Benachrichtigung lassen sich offenkundig Zeit und Kosten einsparen.¹³¹ Freilich sind *settlement class actions* in verschiedener Hinsicht umstritten: Diskutiert wird insbesondere die erhöhte Gefahr von kollusivem Handeln zwischen dem *class representative* bzw. dem *class counsel* und dem Beklagten, die (zunächst) fehlende Legitimation des *class counsel*, die geringere Verhandlungsmacht auf der Seite der Geschädigten mangels vorgängiger *certification*, die Schwierigkeiten sowohl für die Geschädigten als auch für das Gericht, die Angemessenheit des Vergleichs zu beurteilen, und nicht zuletzt die Verfassungsmäßigkeit dieses Ansatzes.¹³² Ungeachtet der mitunter scharfen Kritik sind *settlement class actions* nach der Rechtsprechung des *Supreme Court* zulässig, soweit alle Voraussetzungen von Rule 23(a) und (b) FRCP – mit Ausnahme der auf streitige Verfahren ausgerichteten *manageability*-Voraussetzung in Rule 23(b)(3)(D) FRCP – erfüllt sind.¹³³ Vermutlich beträgt ihr Anteil in der Praxis etwa zwei Drittel aller *class action*-Gruppenvergleiche.¹³⁴

3. Vergleichsverhandlungen und Einleitung des Genehmigungsverfahrens

Die Vergleichsverhandlungen zwischen dem *class representative*, vertreten durch den *class counsel*, und dem Beklagten erfolgen bei *settlement class actions* nach (oder auch bereits vor) der Klageerhebung¹³⁵ und bei *litigation class actions* zwischen der *certification* und der Hauptverhandlung. Konkurrieren mehrere Anwälte um die Rolle des *class counsel*, kann das Gericht unter ihnen

¹³⁰ Newberg-Rubenstein, § 13:1.

¹³¹ AMCL 4th, N 21.612; Newberg-Rubenstein, § 9:43.

¹³² Vgl. Erichson, 82 Geo. Wash. L. Rev. 951 (2014); Lahav, 60 UCLA L. Rev. 1494, 1498 ff. (2013); Redish/Kastanek, 73 U. Chi. L. Rev. 545 (2006); Redish, S. 176 ff.; Mullenix, 107 Nw. U. L. Rev. 511, 513 f. (2013); Hensler et al., S. 477 ff.; Coffee, 95 Colum. L. Rev. 1343, 1378 ff. (1995); Koniak/Cohen, 82 Va. L. Rev. 1051, 1135 f. (1996); Yeazell, 39 Ariz. L. Rev. 687, 700 ff. (1997); *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 787 ff. (3rd Cir. 1995); vgl. auch die zahlreichen Beiträge in: 80 Cornell L. Rev. 811 ff. (1995); für eine Übersicht auch Greer-Mullenix, S. 172 ff.

¹³³ *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 618 ff. (1997); *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815, 848 f. (1999); vgl. auch *In re Prudential Ins. Co. America Sales Practice Litigation Agent Actions*, 148 F.3d 283, 307 f. (3rd Cir. 1998); *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 786 ff. (3rd Cir. 1995); vgl. dazu auch Newberg-Rubenstein, § 9:43.

¹³⁴ *Fitzpatrick*, 7 JELS 811, 819 (2010); vgl. auch *Willging/Lee III*, 58 Kan. L. Rev. 775, 791 f. (2010).

¹³⁵ Vgl. z.B. *In re Community Bank of Northern Virginia*, 418 F.3d 277, 299 (3rd Cir. 2005); *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 789 (3rd Cir. 1995); *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 601 f. (1997).

einen *interim counsel* bestimmen (Rule 23(g)(3) FRCP).¹³⁶ Je nach Stand des Verfahrens ist eine Beteiligung des Gerichts an den Vergleichsverhandlungen möglich – allerdings ist umstritten, welche Konsequenzen sich daraus mit Blick auf die spätere Überprüfung der Vereinbarung ergeben.¹³⁷ Anstelle des Gerichts kann auch eine neutrale Drittperson (etwa ein Mediator) beigezogen werden; dies kann nach der Rechtsprechung die Legitimität der Vergleichsvereinbarung erhöhen.¹³⁸

Vor der gerichtlichen Genehmigung ist das *settlement* ein privatrechtlicher Vertrag zwischen dem *class representative* und dem Beklagten.¹³⁹ Den Kern der Vereinbarung bildet bei *damages class actions* nach Rule 23(b)(3) FRCP meistens die Erklärung des Schädigers, ohne Anerkennung der gegen ihn geltend gemachten Ansprüche einen bestimmten Betrag an die Gruppenmitglieder auszuschütten, welche sich im Gegenzug bereit erklären, auf alle Ansprüche zu verzichten, die sie aufgrund des Schadensereignisses gegen den Schädiger haben könnten.¹⁴⁰ Der gesamte Abwicklungsprozess wird sehr detailliert in der Vereinbarung geregelt.¹⁴¹

Nach Einreichung der Vergleichsvereinbarung prüft das Gericht nach herrschender Praxis im Rahmen der *preliminary approval* zunächst provisorisch die Voraussetzungen der Genehmigung des Gruppenvergleichs¹⁴² und bei *settlement class actions* überdies (ebenfalls provisorisch) die allgemeinen Voraussetzungen der *certification*.¹⁴³ Die *preliminary approval* soll in erster Linie bewirken, dass die aufwändige und kostspielige Benachrichtigung der Gruppenmitglieder nur dann veranlasst wird, wenn die Genehmigung der Vergleichsvereinbarung realistisch erscheint.¹⁴⁴ Zu diesem Zweck wird mindestens überprüft, ob eindeutige und offensichtliche Gründe der Genehmigung oder

¹³⁶ Dazu etwa *In re Delphi ERISA Litigation*, 230 F.R.D. 496, 498 f. (E.D. Mich. 2005); Newberg-Rubenstein, § 3:85. Zur Gefahr, dass sich konkurrierende *class counsel* gegenseitig unterbieten (*reverse auction*) 2. Teil, A.II.6.a.aa und 3. Teil, E.II.6.

¹³⁷ Vgl. AMCL 4th, N 22.91; Schuck, 53 U. Chi. L. Rev. 337 (1986); Hopt/Kulms/von Hein, S. 55 f.; Eichholtz, S. 164 ff.

¹³⁸ *McLaughlin*, § 6:7; Newberg-Rubenstein, § 13:2; vgl. aber auch *In re Bluetooth Headset Products Liability Litigation*, 654 F.3d 935, 948 (9th Cir. 2011).

¹³⁹ Allerdings können die Parteien ab Einreichung des Antrags auf Genehmigung der Vergleichsvereinbarung nicht mehr ohne weiteres vom Vertrag zurücktreten, vgl. *Ehrheart v. Verizon Wireless*, 609 F.3d 590, 593 ff. (3rd Cir. 2010); *In re Syncor ERISA Litigation*, 516 F.3d 1095, 1100 (9th Cir. 2008).

¹⁴⁰ Vgl. zu den Grenzen der Verzichtserklärung etwa *Karvaly v. eBay, Inc.*, 245 F.R.D. 71, 88–89 (E.D. N.Y. 2007).

¹⁴¹ Zum (üblichen) Inhalt von *class action settlements* näher Newberg-Rubenstein, § 13:3; *McLaughlin*, § 6:6.

¹⁴² *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 785 (3rd Cir. 1995); Newberg-Rubenstein, § 13:10; AMCL 4th, N 21.632.

¹⁴³ Vgl. Newberg-Rubenstein, § 13:16 f., 7:33; AMCL 4th, N 21.632.

¹⁴⁴ Newberg-Rubenstein, § 13:10.

Zulassung entgegenstehen; mit Blick auf das Ausmaß der provisorischen Prüfung gibt es allerdings Differenzen in der Gerichtspraxis.¹⁴⁵ Das Gericht kann die Parteien zu einem *pre-notice* bzw. *preliminary approval hearing* laden, zusätzliche Informationen oder Beweismittel anfordern, bereits vorgebrachte Einwände thematisieren sowie Änderungsvorschläge machen.¹⁴⁶ Es darf jedoch nicht eigenmächtig die Vereinbarung modifizieren.¹⁴⁷

Wird der Vereinbarung die *preliminary approval* erteilt, müssen die Geschädigten gemäß Rule 23(e)(1) FRCP benachrichtigt werden. Anders als bei der *certification notice*¹⁴⁸ muss die Benachrichtigung unabhängig vom Typ der Sammelklage und auf „angemessene Weise“ erfolgen, indes unterscheiden sich die *certification notice* und die *settlement notice* in der Praxis oft kaum voneinander.¹⁴⁹ Bei *settlement class actions* sind ohnehin Rule 23(c)(2)(B), Rule 23(e)(1) und Rule 23(h)(1) FRCP kumulativ anwendbar, da die Geschädigten wie gezeigt zeitgleich über die Zulassung des *class action*-Verfahrens, den Vergleichsinhalt, die Einspruchsmöglichkeiten, den Anhörungstermin, das Anwaltshonorar und (bei *damages class actions*) über das *opt-out*-Recht informiert werden.¹⁵⁰

Innerhalb von zehn Tagen, nachdem die Vergleichsvereinbarung beim Gericht eingereicht wurde, müssen überdies bestimmte staatliche Stellen über deren Inhalt, über die Beteiligten und andere Verfahrensaspekte unterrichtet werden (28 U.S.C. § 1715).¹⁵¹

4. Einwände (*objections*) und *opt-out*

Gemäß Rule 23(e)(5) und Rule 23(h)(2) FRCP müssen die Geschädigten die Möglichkeit haben, Einwände gegen die Vergleichsvereinbarung und gegen das vereinbarte Anwaltshonorar zu erheben. In der Benachrichtigung sind sie über die formellen Voraussetzungen, insbesondere die Frist zu unterrichten.¹⁵² Die *objections* werden im Rahmen des *fairness hearing* erörtert¹⁵³; die Frist

¹⁴⁵ Dazu näher Newberg-Rubenstein, § 13:13 f., m.w.H.; McLaughlin, § 6:7.

¹⁴⁶ *Cotton v. Hinton*, 559 F.2d 1326, 1331 (5th Cir. 1977); AMCL 4th, N 21.61; Newberg-Rubenstein, § 13:12; Greer-Mullenix, S. 206.

¹⁴⁷ *Evans v. Jeff D.*, 475 U.S. 717, 726 f. (1986); Newberg-Rubenstein, § 13:46; zur heiklen Abgrenzung zwischen eigenmächtiger gerichtlicher Modifikation und Interpretation ungenauer Vergleichsbedingungen *Jeff D. v. Andrus*, 988 F.2d 753, 758 ff. (9th Cir. 1989).

¹⁴⁸ Vgl. 2. Teil, A.I.5.

¹⁴⁹ AMCL 4th, N 21.312; Newberg-Rubenstein, § 8:14 f.

¹⁵⁰ Vgl. etwa *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 781 (3rd Cir. 1995); AMCL 4th, N 21.311 f.; Newberg-Rubenstein, § 8:1 f.

¹⁵¹ Vgl. dazu auch 2. Teil, A.II.5.

¹⁵² Zu den formellen Voraussetzungen der *objections* Newberg-Rubenstein, § 13:29 f.

¹⁵³ Dazu 2. Teil, A.II.5.

sollte deshalb so angesetzt sein, dass die Antragsteller – der *class representative* und der Schädiger – ausreichend Zeit haben, dazu Stellung zu nehmen.¹⁵⁴

Mit der Möglichkeit, *objections* zu erheben, wird dem Anspruch der Geschädigten auf rechtliches Gehör entsprochen.¹⁵⁵ Im Idealfall wird das Gericht überdies durch *objections* auf problematische Klauseln in der Vergleichs- und Honorarvereinbarung oder andere, von den Antragstellern gegebenenfalls verschwiegene Aspekte aufmerksam gemacht.¹⁵⁶ Einwände von Geschädigten können so zur besseren Beurteilung der Angemessenheit des Gruppenvergleichs beitragen.¹⁵⁷ Die Anzahl der *objections* ist in der Praxis jedoch verschwindend gering: Studien zufolge werden sie durchschnittlich von nur einem Prozent der Gruppenmitglieder erhoben.¹⁵⁸ Vor allem bei Streuschäden lässt sich das mit der „rationalen Apathie“ der Geschädigten erklären¹⁵⁹, überdies dürften kurze Fristen und (für Laien) komplizierte formelle Voraussetzungen eine Rolle spielen.¹⁶⁰ Aber selbst die wenigen *objections*, die erhoben werden, tragen nicht immer zu einem besseren Informationsstand des Gerichts bei: Ein bisher ungelöstes Problem sind offenbar sog. *professional objectors*, die versuchen, aus der Blockade des Verfahrens durch unbegründete *objections* und anschließendem Rechtsmittelverfahren Profit zu schlagen.¹⁶¹ Wie häufig dieses Problem in der Praxis tatsächlich auftritt, ist jedoch umstritten.¹⁶²

Soweit es sich um eine Schadenersatzklage handelt, können die Geschädigten überdies innerhalb der vorgegebenen Frist aus dem Gruppenvergleich austreten; gemäß Rule 23(e)(4) FRCP kann das Gericht die Gewährung eines zweiten *opt-out*-Rechts zur Bedingung für die Genehmigung des Gruppenvergleichs machen. Die Bestimmung ist auf den klassischen Ablauf einer *litigation class action* ausgerichtet, bei der die Geschädigten nach der Zulassung der

¹⁵⁴ Newberg-Rubenstein, § 13:29.

¹⁵⁵ Vgl. dazu etwa *Jones v. Nuclear Pharmacy, Inc.*, 741 F.2d 322, 325 (10th Cir. 1984); *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 314 (1950).

¹⁵⁶ Vgl. das Beispiel bei *Hensler et al.*, S. 494; vgl. auch *Reynolds v. Beneficial National Bank*, 288 F.3d 277, 282 f. (7th Cir. 2002); Newberg-Rubenstein, § 13:20.

¹⁵⁷ *Bell Atlantic Corp. v. Bolger*, 2 F.3d 1304, 1310 (3rd Cir. 1993); AMCL 4th, N 21.643; *Wright et al.-Kane*, § 1797.4; Newberg-Rubenstein, § 13:20 f., § 13:54.

¹⁵⁸ *Eisenberg/Miller*, 57 Vand. L. Rev. 1529, 1532 (2004). Einer älteren Studie zufolge wurde bei etwa der Hälfte der untersuchten *class action settlements* mindestens eine *objection* erhoben, vgl. *Willging/Hooper/Niemic*, 71 N.Y.U. L. Rev. 74, 140 (1996).

¹⁵⁹ Vgl. *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 812 (3rd Cir. 1995); vgl. dazu bereits Einleitung, A.

¹⁶⁰ Newberg-Rubenstein, § 13:21; 13:30; *Fitzpatrick*, 62 Vand. L. Rev. 1623, 1631 (2009); vgl. auch AMCL 4th, N 21.62.

¹⁶¹ Vgl. dazu näher Newberg-Rubenstein, § 13:21; *McLaughlin*, § 6:10; AMCL 4th, N 21.643; *Greer-Mullenix*, S. 198.

¹⁶² Relativierend etwa *Brunet*, 2003 U. Chi. Legal F. 403, 437; a.A. *Greenberg*, 84 Saint John's L. Rev. 949, 951 (2010); vgl. zum Ganzen auch *Lopatka/Smith*, 39 Fla. St. U. L. Rev. 865 (2012).

Klage bereits einmal die Möglichkeit zum *opt-out* hatten. Nach Kenntnisnahme der Vergleichsvereinbarung soll ihnen dies nochmals ermöglicht werden – die Anordnung liegt jedoch im Ermessen des Gerichts.¹⁶³ Oft handelt es sich allerdings um ein *settlement class*-Verfahren, bei welchem nicht Rule 23(e)(4) FRCP, sondern Rule 23(c)(2)(B)(v) FRCP zur Anwendung kommt¹⁶⁴, da die *certification* und die Genehmigung der Vergleichsvereinbarung gleichzeitig erfolgen; in diesem Fall ist das Austrittsrecht wie dargelegt verfassungsrechtlich geschützt.¹⁶⁵

In der deutschsprachigen Literatur wenig beachtet ist in diesem Zusammenhang der Umstand, dass sich *objection* und *opt-out* gegenseitig ausschließen. Nach ständiger Rechtsprechung sind grundsätzlich nur *objections* von „definitiven“ Gruppenmitgliedern zulässig¹⁶⁶; da die *objections* erst im Rahmen des *fairness hearing*, d.h. nach Ablauf der *opt-out*-Frist erörtert werden, müssen sich die Geschädigten entscheiden, ob sie Einwände geltend machen möchten und bei Genehmigung des Gruppenvergleichs dessen Verbindlichkeit in Kauf nehmen, oder stattdessen rechtzeitig ihren Austritt erklären.¹⁶⁷ Etwas abgemildert wird diese Konsequenz dadurch, dass Geschädigte, deren *objection* vom Gericht zurückgewiesen wurde, zur Berufung legitimiert sind.¹⁶⁸ Überdies kann Geschädigten, die nach ihrem Austritt zur Auffassung gelangen, dass sie doch am Gruppenvergleich teilnehmen möchten, ein Wiedereintritt (*opt back in*) ermöglicht werden – zumindest der Schädiger dürfte dies mit Blick auf sein Interesse an der Finalität der Gruppenvergleichslösung nicht selten (wenn auch unter Bedingungen) unterstützen.¹⁶⁹

¹⁶³ Zu den Gründen näher Newberg-Rubenstein, § 9:52; McLaughlin, § 6:21; vgl. auch Cox, 80 Notre Dame L. Rev. 377 (2004).

¹⁶⁴ Newberg-Rubenstein, § 13:52; McLaughlin, § 6:21.

¹⁶⁵ Vgl. 2. Teil, A.I.7.

¹⁶⁶ Reid v. SuperShuttle Intern, Inc., 2012 WL 3288816, 3 (E.D. N.Y. 2012); Olden v. LaFarge Corp., 472 F.Supp.2d 922, 930 f. (E.D. Mich. 2007); Jenson v. Continental Financial Corp., 591 F.2d 477, 482 (8th Cir. 1979); Newberg-Rubenstein, § 13:23; McLaughlin, § 6:10; Karlsgodt, S. 41.

¹⁶⁷ Newberg-Rubenstein, § 13:23; vgl. zum typischen Ablauf des Verfahrens Anhang 1 (S. 220). Eine seltene Ausnahme davon sind sog. *back-end opt-out rights*, die einen Austritt auch nach Genehmigung der Vergleichsvereinbarung ermöglichen, sofern bestimmte Bedingungen erfüllt sind (etwa eine deutlich verzögerte Erkrankung aufgrund des Schadensereignisses), vgl. In re Diet Drugs (Phentermine/Fenfluramine/Dexfenfluramine) Products Liability Litigation, 385 F.3d 386, 390 (3rd Cir. 2004).

¹⁶⁸ Vgl. dazu 2. Teil, A.II.7.

¹⁶⁹ Vgl. Olden v. LaFarge Corp., 472 F.Supp.2d 922, 942 (E.D. Mich. 2007); In re Brown Co. Securities Litigation, 355 F.Supp. 574, 576 (S.D. N.Y. 1973); Newberg-Rubenstein, § 13:23.

Wie bei den *objections* kann auch die *opt-out*-Quote Indizien für die (Un-)Angemessenheit des Gruppenvergleichs liefern¹⁷⁰, allerdings liegt auch hier die durchschnittliche Anzahl von Austritten bei weniger als einem Prozent der Gruppenmitglieder.¹⁷¹ In der Rechtsprechung und Literatur wird deshalb betont, dass aus entsprechenden Quoten nicht vorschnell Schlüsse gezogen werden sollten.¹⁷²

Für den Fall, dass es gleichwohl zu zahlreichen Austritten kommt, enthalten die Vergleichsverträge oft eine sog. *blow-up*-Klausel, in der sich der Schädiger das Recht vorbehält, ab Erreichen einer bestimmten Anzahl von Austritten (und/oder einer bestimmten Höhe der von den austretenden Geschädigten geltend gemachten Anspruchssumme) die Vergleichsvereinbarung zu kündigen.¹⁷³ Um potentiellen *opt-out*-Kampagnen¹⁷⁴ konkurrierender Anwälte oder Organisationen entgegenzutreten, kann der vereinbarte Grenzwert unter Verschluss gehalten werden.¹⁷⁵

5. Anhörung (*fairness hearing*)

Nach Rule 23(e)(2) FRCP darf das Gericht einen Gruppenvergleich nur genehmigen, wenn es eine Anhörung durchgeführt und die Vereinbarung als angemessen bewertet hat. Ebenso wie die Möglichkeit, schriftlich *objection* zu erheben, dient das persönliche Anhörungsrecht der Rechtfertigung der Bindungswirkung eines Urteils bzw. Gruppenvergleichs.¹⁷⁶ Bei der Gestaltung der Anhörung hat das Gericht ein weites Ermessen.¹⁷⁷ In der ein- oder mehrtägigen Anhörung werden zunächst die zentralen Aspekte der Vergleichsvereinbarung präsentiert, anschließend die *objections* mit den dazugehörigen Stellungnahmen erörtert und gegebenenfalls anwesende Gruppenmitglieder sowie Zeugen und Experten angehört.¹⁷⁸

¹⁷⁰ Vgl. etwa Newberg-Rubenstein, § 13:20, § 13:54; Eisenberg/Miller, 57 Vand. L. Rev. 1529, 1535 (2004).

¹⁷¹ Vgl. Eisenberg/Miller, 57 Vand. L. Rev. 1529, 1546 (2004); Willging/Hooper/Niemic, 71 N.Y.U. L. Rev. 74, 135 (1996); Newberg-Rubenstein, § 13:20, § 13:54.

¹⁷² Cotton v. Hinton, 559 F.2d 1326, 1331 (5th Cir. 1977); McLaughlin, 6:10; Newberg-Rubenstein, § 13:54.

¹⁷³ Vgl. In re HealthSouth Corp. Securities Litigation, 334 F.Appx. 248, 250 (11th Cir. 2009); In re Prudential Securities Inc. Ltd. Partnership Litigation, 107 F.3d 3 (2nd Cir. 1996); Newberg-Rubenstein, § 13:6.

¹⁷⁴ Vgl. dazu Newberg-Rubenstein, § 9:50.

¹⁷⁵ Vgl. In re HealthSouth Corp. Securities Litigation, 334 F.Appx. 248, 250 (11th Cir. 2009); In re Warfarin Sodium Antitrust Litigation, 212 F.R.D. 231, 253 (D. Del. 2002); vgl. aber auch Newberg-Rubenstein, § 13:6, m.w.H.

¹⁷⁶ Phillips Petroleum Co. v. Shutts, 472 U.S. 797, 811 f. (1985).

¹⁷⁷ Tennessee Association of Health Maintenance Organizations, Inc. v. Grier, 262 F.3d 559, 567 (6th Cir. 2001); McLaughlin, § 6:8.

¹⁷⁸ Vgl. In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation, 55 F.3d 768, 781 (3rd Cir. 1995); AMCL 4th, N 21.634; Newberg-Rubenstein, § 13:42.

Auch wenn ein *fairness hearing* abgehalten werden muss, hat das Genehmigungsverfahren nach Rule 23(e) FRCP mit dem Ablauf eines gewöhnlichen Zivilprozesses nach dem *adversary system* nur wenig gemein: Da der *class representative* die Vergleichsvereinbarung gemeinsam mit dem Beklagten einreicht, und die (wenigen) *objections* bisweilen nur die Partikularinteressen der *objectors* betreffen, muss sich das Gericht in der Regel mit wesentlich weniger Informationen über das Schadensereignis begnügen, als sie konkurrierende Parteien einbringen würden.¹⁷⁹ Hilfreich könnten in diesem Zusammenhang theoretisch auch Stellungnahmen von staatlichen Stellen sein, die wie erwähnt innerhalb von zehn Tagen nach Abschluss der Vergleichsvereinbarung informiert werden müssen (28 U.S.C. § 1715).¹⁸⁰ Im Jahr 2003 als Instrument zur Bekämpfung missbräuchlicher *settlements* in Kraft gesetzt, ist die Wirkung dieser Informationspflicht freilich noch kaum erforscht.¹⁸¹ Aus der genannten Bestimmung lässt sich nach herrschender Rechtsprechung zwar keine *objection*-Legitimation staatlicher Stellen ableiten; sie können die Vergleichsvereinbarung aber immerhin als *amicus curiae* kritisieren.¹⁸²

6. Genehmigungskriterien und Missbrauchskontrolle

a) Konkretisierung der Kriterien in der Kasuistik

Die Genehmigung eines *class action settlement* setzt voraus, dass es nach der Überzeugung des Gerichts *fair, reasonable, and adequate* ist (Rule 23(e)(2) FRCP). Zur Konkretisierung dieser Kriterien haben Gerichte mehrere nicht abschließende Kataloge mit Prüfungskriterien entwickelt¹⁸³, wobei unter anderem die folgenden Faktoren als zentral erachtet werden.¹⁸⁴

aa) Angemessenheit der Vergleichssumme

Die offerierte Entschädigung muss mit dem mutmaßlichen Resultat eines streitigen Verfahrens verglichen werden. Nach der umstrittenen, nicht flächendeckend angewandten *net expected value*-Methode wird zunächst die (maximale) Anspruchssumme geschätzt und auf deren Basis mehrere unterschiedlich wahrscheinliche Urteilsvarianten berechnet, diese wiederum addiert, um schließlich

¹⁷⁹ AMCL 4th, N 21.61; *Issacharoff*, 30 U.C. Davis L. Rev. 805, 808 (1997); *Rubenstein*, 53 UCLA L. Rev. 1435 ff. (2006); vgl. dazu auch 3. Teil, E.IV.

¹⁸⁰ Vgl. 2. Teil, A.II.3; *Hohl*, S. 165 f.; *Bergmeister*, S. 147 f.

¹⁸¹ Vgl. *Newberg-Rubenstein*, § 6:13, 8:18; vgl. auch *Greer-Mullenix*, S. 199 f., 213 f.

¹⁸² *In re American International Group, Inc. Securities Litigation*, 916 F.Supp.2d 454, 462 ff. (S.D. N.Y. 2013); *In re Oil Spill by Oil Rig Deepwater Horizon in Gulf of Mexico*, 910 F.Supp.2d 891, 943 (E.D. La. 2012); *Figueroa v. Sharper Image Corp.*, 517 F.Supp.2d 1292, 1328 (S.D. Fla. 2007); vgl. zum Ganzen näher *Newberg-Rubenstein*, § 8:18 ff.

¹⁸³ Vgl. dazu die Aufstellung bei *Newberg-Rubenstein*, § 13:48; vgl. auch AMCL 4th, N 21.62.

¹⁸⁴ *Newberg-Rubenstein*, § 13:48.

die berechnete Summe der Wahrscheinlichkeitswerte der vereinbarten Entschädigung gegenüberzustellen.¹⁸⁵ Die Schwierigkeit bei der Überprüfung der Angemessenheit der Vergleichssumme liegt unter anderem darin, einerseits die Durchsetzbarkeit der Ansprüche und das mutmaßliche Resultat eines Urteils einzuschätzen, andererseits aber auf eine eigentliche Prüfung der materiellen Begründetheit der Ansprüche zu verzichten, wird doch die Vergleichsvereinbarung gerade mit dem Zweck geschlossen, einen Streit über unklare Rechtsverhältnisse ohne Entscheidung in der Sache beizulegen.¹⁸⁶

bb) Umfang der discovery

Das Gericht muss berücksichtigen, in welchem Ausmaß die Beweisermittlung durchgeführt wurde, bzw. welche Informationen die Parteien bei den Vergleichsverhandlungen zur Verfügung hatten.¹⁸⁷ Umfangreiche formelle *discovery* spricht tendenziell für die Angemessenheit der Vergleichsvereinbarung, allerdings können die Parteien auch auf anderem Wege Zugang zu den notwendigen Informationen erlangt haben.¹⁸⁸

cc) Komplexität und Kosten eines streitigen Verfahrens

Es liegt in der Natur der zu bewältigenden Fälle, dass die Durchführung eines streitigen *class action*-Verfahrens oft beträchtlichen Aufwand an Zeit und Kosten verursachen würde. Wenngleich auch der Abschluss und die Abwicklung eines Gruppenvergleichs den Einsatz beachtlicher Ressourcen erfordern, dürfte der Aufwand gegenüber einem streitigen Verfahren oft deutlich geringer sein.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Vgl. *Wong v. Accretive Health, Inc.*, 773 F.3d 859, 863 f. (7th Cir. 2014); *Reynolds v. Beneficial National Bank*, 288 F.3d 277, 284 f. (7th Cir. 2002); dazu implizit krit. *Lane v. Facebook, Inc.*, 696 F.3d 811, 823 (9th Cir. 2012); vgl. zum Ganzen näher Newberg-Rubenstein, § 13:49.

¹⁸⁶ Vgl. *City of Detroit v. Grinnell Corp.*, 495 F.2d 448, 455 f. (2nd Cir. 1974); *Officers of Justice v. Civil Service Commission of the City and County of San Francisco*, 688 F.2d 615, 625 (9th Cir. 1982); *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 806 f. (3rd Cir. 1995); Newberg-Rubenstein, § 13:49; vgl. dazu auch 3. Teil, E.II.1.

¹⁸⁷ Vgl. etwa *In re Mego Financial Corp. Securities Litigation*, 213 F.3d 454, 459 (9th Cir. 2000).

¹⁸⁸ Vgl. *Wong v. Accretive Health, Inc.*, 773 F.3d 859, 864 (7th Cir. 2014); Newberg-Rubenstein, § 13:50.

¹⁸⁹ Siehe *Cotton v. Hinton*, 559 F.2d 1326, 1331 (5th Cir. 1977); *In re PrudentialIns. Co. America Sales Practice Litigation Agent Actions*, 148 F.3d 283, 318 (3rd Cir. 1998); Newberg-Rubenstein, § 13:52.

dd) Reaktion der Gruppe

Bei der Bewertung hat das Gericht den Inhalt, aber auch die Anzahl der *objections* sowie die Anzahl der Austritte zu berücksichtigen.¹⁹⁰ Mit Blick auf die Anzahl von *objections* und *opt-outs* existieren keine pauschalen Grenzwerte; vielmehr muss das Gericht in jedem Einzelfall die konkreten Umstände wie die Höhe der individuellen Ansprüche, die geringen durchschnittlichen *objection*- bzw. *opt-out*-Quoten, aber auch etwaige *objection*- und *opt-out*-Kampagnen Dritter berücksichtigen.¹⁹¹ Die Vergleichsvereinbarung kann trotz zahlreichen *objections* oder Austritten angemessen sein.¹⁹²

ee) Keine Anzeichen für kollusives Verhalten

Das Gericht muss den Inhalt der Vergleichsvereinbarung inklusive etwaiger Nebenvereinbarungen¹⁹³ sowie den Verlauf der Vergleichsverhandlungen auf problematische Aspekte hin untersuchen¹⁹⁴, wobei sich bei diesem Kriterium Überschneidungsbereiche zur Voraussetzung der *fair and adequate representation* gemäß Rule 23(a)(4) und Rule 23(g)(1)(B) FRCP ergeben.¹⁹⁵ Vergleiche, die durch kollusive Absprachen und Handlungen zwischen *class counsel* und Schädiger zum Nachteil der Gruppe zustande gekommen sind, werden in der Literatur teilweise unter dem Begriff des *sweetheart deal* bzw. *sweetheart settlement* diskutiert.¹⁹⁶ Bei der Überprüfung der Vergleichsverhandlungen und der Vereinbarungen können sich Gerichte an einer Reihe bekannter Warnzeichen¹⁹⁷ orientieren; dazu gehören unter anderem *reverse auctions* (konkurrierende *class counsel* unterbieten sich zu Beginn der Vergleichsverhandlungen

¹⁹⁰ *In re Prudential Ins. Co. America Sales Practice Litigation Agent Actions*, 148 F.3d 283, 318 (3rd Cir. 1998); AMCL 4th, N 21.62.

¹⁹¹ AMCL 4th, N 21.62; Newberg-Rubenstein, § 13:54; vgl. dazu bereits 2. Teil, A.II.4.

¹⁹² *Cotton v. Hinton*, 559 F.2d 1326, 1331 (5th Cir. 1977); *Reed v. General Motors Corp.*, 703 F.2d 170, 174 (5th Cir. 1983); *TBK Partners, Ltd. v. Western Union Corporation*, 675 F.2d 456, 462 (2nd Cir. 1982).

¹⁹³ Nebenvereinbarungen müssen gemäß Rule 23(e)(3) FRCP offengelegt werden; dazu näher McLaughlin, 6:22.

¹⁹⁴ Vgl. etwa *Hanlon v. Chrysler Corporation*, 150 F.3d 1011, 1027 (9th Cir. 1998); *Weinberger v. Kendrick*, 698 F.2d 61, 73 f. (2nd Cir. 1982); Newberg-Rubenstein, § 13:55.

¹⁹⁵ Vgl. *In re Bluetooth Headset Products Liability Litigation*, 654 F.3d 935, 948 (9th Cir. 2011); *Reynolds v. Beneficial National Bank*, 260 F.Supp.2d 680, 683 ff. (N.D. Ill. 2003); *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 796 (3rd Cir. 1995); vgl. auch 2. Teil, A.I.2.d.

¹⁹⁶ Vgl. etwa *Hay/Rosenberg*, 75 Notre Dame L. Rev. 1377, 1390 f. (2000); Eichholtz, S. 41 f.; vgl. dazu auch *Coffee*, 95 Colum. L. Rev. 1343, 1367 ff. (1995).

¹⁹⁷ Vgl. AMCL 4th, N 21.61; *In re Bluetooth Headset Products Liability Litigation*, 654 F.3d 935, 947 (9th Cir. 2011); Newberg-Rubenstein, § 13:56.

gegenseitig¹⁹⁸), *coupon settlements* (die Geschädigten erhalten minderwertige Gutscheine oder Rabatte, die Anwälte großzügige Honorare¹⁹⁹), komplizierte Anspruchsanmeldeverfahren²⁰⁰ oder ungerechtfertigte Differenzen bei den Entschädigungen für die Gruppenmitglieder.²⁰¹

ff) Angemessenheit der Anwaltsvergütung

Unangemessene Honorare stehen der Genehmigung der Vergleichsvereinbarung grundsätzlich entgegen.²⁰² Honorare werden durch die speziellere Bestimmung in Rule 23(h) FRCP separat geregelt.²⁰³

b) Vermutung zugunsten der Angemessenheit

Wie diese und andere Faktoren bei der Überprüfung der Vergleichsvereinbarung zu gewichten sind, hat das Gericht in jedem Einzelfall zu entscheiden.²⁰⁴ Zu beachten ist überdies, dass einige Gerichte vor dem Hintergrund der prinzipiellen Förderung von Verfahren der einvernehmlichen Streitbeilegung von einer Vermutung zugunsten der Angemessenheit der (unter markttypischen Bedingungen geschlossenen) Vergleichsvereinbarung ausgehen²⁰⁵; dieser Vermutung dürfte indes angesichts der Kriterienkataloge kaum allzu großes Gewicht beigemessen werden.²⁰⁶

¹⁹⁸ Dazu näher Newberg-Rubenstein, § 13:57; *Coffee*, 95 Colum. L. Rev. 1343, 1379 (1995); vgl. auch *Reynolds v. Beneficial National Bank*, 288 F.3d 277, 282 f. (7th Cir. 2002).

¹⁹⁹ *In re Bluetooth Headset Products Liability Litigation*, 654 F.3d 935, 947 (9th Cir. 2011). Mit dem Inkrafttreten des *Class Action Fairness Action* im Jahr 2005 wurden *coupon settlements* stärker reguliert, dazu näher Newberg-Rubenstein, § 12:9 ff.; *Hohl*, S. 164 f., 182 ff.

²⁰⁰ Vgl. *Acosta v. Transunion, LLC*, 243 F.R.D. 377, 391 (C.D. Cal. 2007); Newberg-Rubenstein, § 13:58, § 13:7.

²⁰¹ *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 808 (3rd Cir. 1995); *Holmes v. Continental Can Company*, 706 F.2d 1144, 1147 f. (11th Cir. 1983); Newberg-Rubenstein, § 13:59, § 13:60.

²⁰² AMCL 4th, N 21.61.

²⁰³ Vgl. dazu 2. Teil, A.II.9.a.

²⁰⁴ *Officers of Justice v. Civil Service Commission of the City and County of San Francisco*, 688 F.2d 615, 625 (9th Cir. 1982).

²⁰⁵ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa U.S.A., Inc.*, 396 F.3d 96, 116 f. (2nd Cir. 2005); *In re Warfarin Sodium Antitrust Litigation*, 391 F.3d 516, 535 (3rd Cir. 2004); krit. zur Rspr. *Erichson*, 82 Geo. Wash. L. Rev. 951, 970 (2014); vgl. auch Newberg-Rubenstein, § 13:44, 13:45.

²⁰⁶ Vgl. etwa *Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa U.S.A., Inc.*, 396 F.3d 96, 117 ff. (2nd Cir. 2005); vgl. aber auch *Ehrheart v. Verizon Wireless*, 609 F.3d 590, 594 f. (3rd Cir. 2010); *In re Syncor ERISA Litigation*, 516 F.3d 1095, 1101 (9th Cir. 2008).

c) Schutz vor missbräuchlichen strike suits und blackmail settlements

Die erläuterten Prüfungskriterien schützen in erster Linie die Interessen der Gruppenmitglieder. Beachtung gebührt indes auch dem Problem sog. *strike suits* bzw. *nuisance suits*, das sind missbräuchliche Sammelklagen, die den Beklagten selbst bei unbegründeten oder jedenfalls zweifelhaften Ansprüchen zum Abschluss eines sog. *blackmail settlements* nötigen, weil er nur so die Kosten des Verfahrens und den Reputationsverlust begrenzen oder im Extremfall die drohende Insolvenz abwenden kann.²⁰⁷ Gewisse Gerichte sind dazu übergegangen, intendierten Sammelklagen unter anderem aufgrund der Gefahr solcher *blackmail settlements* die Zulassung zu verweigern.²⁰⁸ Das Szenario existenzgefährdender Sammelklagen wird in der Literatur freilich in Frage gestellt.²⁰⁹ Dabei wird auch geltend gemacht, dass im Wortlaut von Rule 23 FRCP nichts auf eine Kompetenz zur Berücksichtigung des Vergleichsdrucks und der finanziellen Situation des Beklagten hindeutet.²¹⁰ Andere Gerichte haben denn auch klargestellt, dass ein hoher Vergleichsdruck auf den Beklagten einer *certification* keineswegs *per se* entgegensteht (da dieser Druck ja – zumindest bei Streuschäden – erst Folge der Herstellung des Gleichgewichts im Kräfteverhältnis zwischen den Klägern und dem Beklagten ist) und im Übrigen seit Einführung der erleichterten Überprüfbarkeit der *certification*-Entscheidung auf dem Rechtsmittelweg bereits deutlich (wenn nicht sogar übermäßig²¹¹) abgeschwächt wird.²¹² Unterdessen hat der *Supreme Court* in diesem Zusammenhang etwas Klarheit geschaffen: Grundsätzlich ist eine vorgezogene Prüfung der Begründetheit der Ansprüche im Rahmen der *certification* (zum Zweck der

²⁰⁷ Siehe *Hay/Rosenberg*, 75 Notre Dame L. Rev. 1377, 1391 f. (2000); differenzierend *Silver*, 78 N.Y.U. L. Rev. 1357 ff. (2003); vgl. auch *Hopt/Kulms/von Hein*, S. 61 ff.; *Eichholtz*, S. 24 f., 41 f.; *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S.Ct. 1740, 1752 (2011); *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 784 f. (3rd Cir. 1995).

²⁰⁸ *Matter of Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*, 51 F.3d 1293, 1297 ff. (7th Cir. 1995); *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F.3d 734, 748 (5th Cir. 1996); *Newton v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 259 F.3d 154, 168 (3rd Cir. 2001); vgl. dazu auch *Hopt/Kulms/von Hein*, S. 63 ff.

²⁰⁹ Vgl. *Hay/Rosenberg*, 75 Notre Dame L. Rev. 1377, 1403 (2000); *Silver*, 78 N.Y.U. L. Rev. 1357, 1385 ff. (2003); *Kanner/Nagy*, 57 Baylor L. Rev. 681, 693 ff. (2005); *Lahav*, 60 UCLA L. Rev. 1494, 1511 ff. (2013); *Hensler*, 143 Daedalus 73, 80 (2014).

²¹⁰ *Kanner/Nagy*, 57 Baylor L. Rev. 681, 686 ff. (2005); *Lahav*, 60 UCLA L. Rev. 1494, 1511 ff. (2013).

²¹¹ Vgl. *Klonoff*, 90 Wash. U. L. Rev. 729, 741 f. (2013); so auch bereits *Silver*, 78 N.Y. U. L. Rev. 1357, 1358 (2003).

²¹² Vgl. etwa *Bateman v. American Multi-Cinema, Inc.*, 623 F.3d 708, 721 f. (9th Cir. 2010); *Klay v. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241, 1274 ff. (11th Cir. 2004); *In re Visa Check/MasterMoney Antitrust Litigation*, 280 F.3d 124, 145 (2nd Cir. 2001); *Blackie v. Barrack*, 524 F.2d 891, 899 (9th Cir. 1975).

Missbrauchseindämmung) nicht angezeigt, weil der Gesetzgeber bereits Maßnahmen zur Bekämpfung missbräuchlicher Sammelklagen getroffen hat.²¹³ Insgesamt dürfte die Diskussion um *blackmail settlements* aber durchaus dazu beigetragen haben, dass die *certification*-Voraussetzungen von den Gerichten seit einigen Jahren restriktiver überprüft werden.²¹⁴

7. Genehmigungsentscheid und Rechtsmittel

Nach Abschluss des *fairness hearing* muss das Gericht die Vergleichsvereinbarung entweder genehmigen oder zurückweisen – eigenmächtige Änderungen der Vereinbarung oder eine bedingte Genehmigung sind unzulässig.²¹⁵ Handelt es sich um eine *settlement class*, wird der Klage zugleich die (definitive) *certification* erteilt.²¹⁶ Erforderlich ist eine ausreichende Begründung der Entscheidung.²¹⁷ Eine Benachrichtigung über den Genehmigungsentscheid ist zwar nicht vorgeschrieben, wird aber in der Regel gestützt auf Rule 23(d)(1)(B) FRCP angeordnet.²¹⁸

Die Entscheidung ist grundsätzlich mit Berufung (*appeal*) anfechtbar, wobei als Berufungskläger in der Praxis hauptsächlich Gruppenmitglieder eine Rolle spielen.²¹⁹ Gruppenmitglieder können aber nur dann Berufung erheben, wenn sie die Vergleichsvereinbarung bereits per *objection* angefochten haben, diese vom Gericht aber zurückgewiesen wurde.²²⁰

²¹³ Vgl. *Amgen Inc. v. Connecticut Retirement Plans and Trust Funds*, 133 S.Ct. 1184, 1199 ff. (2013); *Schleicher v. Wendt*, 618 F.3d 679, 686 (7th Cir. 2010) – offenbar ist der bisher federführende 7th Circuit unterdessen von seiner restriktiven Rechtsprechung abgerückt; vgl. aber zur Rspr. des *Supreme Court* auch *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc.*, 134 S.Ct. 2398, 2424 (2014); *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S.Ct. 1740, 1752 (2011); *Stoneridge Inv. Partners, LLC v. Scientific-Atlanta*, 552 U.S. 148, 163 f. (2008).

²¹⁴ Vgl. *Marcus, R.*, Experience, S. 160 f.; differenzierend *Mullenix*, 107 Nw. U. L. Rev. 511, 517 ff. (2013); insgesamt krit. zur restriktiven Tendenz *Klonoff*, 90 Wash. U. L. Rev. 729 (2013); für eine vertiefte Überprüfung der *certification*-Kriterien dagegen *Mullenix*, 82 Geo. Wash. L. Rev. 606, 630 f. (2014); vgl. aber auch *Lahav*, 60 UCLA L. Rev. 1494, 1498 (2013), wonach Gerichte nur *litigation class actions* restriktiver behandeln und stattdessen *settlement class actions* großzügig bewilligen.

²¹⁵ Vgl. dazu auch bereits 2. Teil, A.II.3.

²¹⁶ *Newberg-Rubenstein*, § 13:39; vgl. dazu bereits 2. Teil, A.II.2.

²¹⁷ *AMCL* 4th, N 21.635.

²¹⁸ Dazu bereits 2. Teil, A.I.8.

²¹⁹ *Newberg-Rubenstein*, § 14:10.

²²⁰ *Devlin v. Scardelletti*, 536 U.S. 1, 10 f. (2002); dazu näher *Newberg-Rubenstein*, § 14:12 ff.

Nach herrschender Rechtsprechung und Lehre ändert die gerichtliche Genehmigung nichts an der vertraglichen Natur des *class action settlement*²²¹; allerdings entfaltet dieses von Gesetzes wegen und auf der Grundlage der gerichtlichen Prüfung und Genehmigung Bindungswirkung auch gegenüber den Gruppenmitgliedern (soweit diese nicht ihren Austritt erklärt haben).²²²

Die Bindungswirkung (*res judicata*)²²³ einer genehmigten Vergleichsvereinbarung gegenüber allen Gruppenmitgliedern, die nicht ihren Austritt erklärt haben, ist auf die in der Vereinbarung detailliert bezeichneten Ansprüche beschränkt, auf die die Gruppenmitglieder als Gegenleistung für die auszuschüttende Entschädigung verzichten. Die Verzichtserklärung kann auch Ansprüche umfassen, die über das ursprünglich in der Sammelklage Geforderte hinausgehen, soweit sie auf demselben Lebenssachverhalt (*identical factual predicate*) beruhen.²²⁴ Der Beklagte kann die *res judicata*-Einrede in späteren Verfahren als *affirmative defense* (Rule 8(c)(1) FRCP) geltend machen.²²⁵

8. Verteilungsprozedere

Die Ausschüttung der vereinbarten Entschädigungen ist prinzipiell Sache der Parteien. Oft nehmen diese angesichts der logistischen Herausforderung die Dienste spezialisierter Personen oder Unternehmen (*settlement administrators* oder *claims resolution facilities*) in Anspruch, welche mitunter bereits von Beginn an in das Sammelklageverfahren involviert sind.²²⁶

²²¹ Vgl. *Cohen v. Resolution Trust Corp.*, 61 F.3d 725, 729 (9th Cir. 1995); *Jeff D. v. Andrus*, 988 F.2d 753, 759 (9th Cir. 1989); *Sullivan v. DB Investments, Inc.*, 667 F.3d 273, 312 (3rd Cir. 2011); *Newberg-Rubenstein*, § 13:2 f.; *McLaughlin*, § 6:3.

²²² *Epstein v. MCA, Inc.*, 50 F.3d 644, 666 f. (9th Cir. 1995); *Weisburst*, 28 J. Legal Stud. 55, 59 (1999); *Wolff*, 105 Colum. L. Rev. 717, 765 (2005); *Hess*, JZ 2000, 373, 376 f.; vgl. dazu auch die Rechtsprechung des *Supreme Courts*, wonach *consent decrees* (dazu 2. Teil, A.II.1 [dort Fn. 119]) sowohl Vertrags- als auch Urteilseigenschaften haben: *Local Number 93, International Association of Firefighters v. City of Cleveland*, 478 U.S. 501, 519 (1986); *U.S. v. ITT Continental Banking Co.*, 420 U.S. 223, 237 (1975). Insgesamt bleibt die Rechtsnatur von *class action settlements* gleichwohl uneindeutig; so auch *Spitzer*, S. 77; krit. zu dieser Ambivalenz etwa *Erichson*, 82 Geo. Wash. L. Rev. 951, 966 ff. (2014).

²²³ Vgl. *In re Prudential Ins. Co. of American Sales Practice Litigation*, 261 F.3d 355, 366 (3rd Cir. 2001); *In re Diet Drugs Products Liability Litigation*, 431 F.3d 141, 145 f. (3rd Cir. 2005).

²²⁴ *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. v. Epstein*, 516 U.S. 367, 376 f. (1996); *Grimes v. Vitalink Communications Corp.*, 17 F.3d 1553, 1564 (3rd Cir. 1994); *In re American Express Financial Advisors Securities Litigation*, 672 F.3d 113, 135 f. (2nd Cir. 2011); vgl. dazu näher *McLaughlin*, 6:29; *Wolff*, 105 Colum. L. Rev. 717, 766 f. (2005).

²²⁵ *Newberg-Rubenstein*, § 13:19; vgl. auch *Böhm*, Rz. 347 ff.

²²⁶ Vgl. *Greer-Holland*, S. 227; *AMCL* 4th, N 21.661; *Newberg-Rubenstein*, § 12:20; *Hensler*, 53 Law & Contemp. Probs. 175 ff. (1990); *Tzankova*, Principles, S. 255 ff.

Üblicherweise verpflichtet sich der Beklagte, eine bestimmte Summe an einen Fonds zu überweisen, aus welchem dann vom Administrator die individuellen Beträge an die Gruppenmitglieder ausgeschüttet werden (*common fund settlement*).²²⁷ Teilweise wird aber auch vereinbart, dass der Beklagte bis zu einer Limite Entschädigungen nur dann ausbezahlt, wenn sie von den Gruppenmitgliedern beantragt werden (*claims-made settlement*).²²⁸ Die Zulässigkeit der *claims-made*-Methode ist umstritten, da insbesondere bei Streuschäden viele Gruppenmitglieder ihre Ansprüche nicht anmelden, weshalb der Beklagte im Ergebnis eine wesentlich geringere Entschädigung leisten muss als ursprünglich vereinbart.²²⁹ Dasselbe Resultat kann indes auch bei *common funds* eintreten, wenn vereinbart wird, dass nicht beanspruchte Mittel des Fonds an den Beklagten zurückfließen sollen (*revisionary fund*).²³⁰ Anstelle einer Rückerstattung werden überschüssige Mittel auch anteilmäßig an die bereits befriedigten Gruppenmitglieder, an den Staat oder an Organisationen ausgeschüttet, deren Zweck es ist, die Interessen der Gruppe zu schützen – auch diese Methoden haben allerdings ihre Nachteile.²³¹

Die Berechnung der individuellen Entschädigung erfolgt wenn immer möglich mithilfe mathematischer und statistischer Modelle (beispielsweise zur Berechnung von Verlustwerten in kapitalmarktrechtlichen Fällen) oder anderer Methoden der pauschalisierten Schadensbemessung (z.B. Zuteilung der Gruppenmitglieder in Schadensklassen, die sich bei Personenschäden nach der Schwere der körperlichen Verletzung richten).²³² Eine große Herausforderung liegt darin, ein möglichst faires, aber zugleich ressourcenschonendes Verfahren der Entschädigungsbemessung durchzuführen.²³³ Anders als bei Massenschäden lässt sich dieses Ziel bei Streuschäden meist nicht einmal ansatzweise verwirklichen, da die Kosten des Verteilungsprozederes die Summe der Entschädigungen schnell übersteigen.²³⁴ Anstelle von Barausschüttungen werden Entschädigungen deshalb teilweise in Form von Gutscheinen oder Rabattkarten entrichtet (*coupon settlements*, auch: *in-kind compensation*), die jedoch von

²²⁷ Näher zu den unterschiedlichen Ausschüttungsmethoden Newberg-Rubenstein, § 12:15 ff.

²²⁸ Newberg-Rubenstein, § 13:7.

²²⁹ Vgl. *In re Baby Products Antitrust Litigation*, 708 F.3d 163, 172 (3rd Cir. 2013).

²³⁰ Newberg-Rubenstein, § 13:7, 12:29.

²³¹ Vgl. dazu ausführlich Newberg-Rubenstein, § 12:29 ff.

²³² Vgl. Newberg-Rubenstein, § 12:5; Bergmeister, S. 135 ff.

²³³ Eichholtz, S. 192 ff.; Newberg-Rubenstein, § 12:4.

²³⁴ Eichholtz, S. 189.

den Geschädigten oft nicht eingelöst werden, dem *class counsel* aber gleichwohl hohe Honorare einbringen.²³⁵ Aufgrund heftiger Kritik sind solche Vergleiche unterdessen nur noch unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.²³⁶ Anstelle von *coupon settlements* können bei Streuschäden indes auch andere Formen alternativer Entschädigungen anstelle von individueller Kompensation vereinbart werden (sog. *cy pres relief*; zum Beispiel die Auszahlung der Entschädigung an Organisationen, die sich für die Interessen der Gruppenmitglieder einsetzen).²³⁷

9. Kosten

a) Anwaltshonorar

Nach der *American rule* tragen die Parteien ihre eigenen Anwaltskosten unabhängig davon, ob sie im Prozess obsiegen oder unterliegen.²³⁸ In Individualverfahren vereinbart der Kläger mit seinem Anwalt oft ein Erfolgshonorar (*contingency fee*), um das Kostenrisiko zu reduzieren.²³⁹ Zugleich setzt die Zulässigkeit des Erfolgshonorars einen zentralen Anreiz für Anwälte, selbst die Initiative für eine Klage zu ergreifen. Bei *class actions* schließt (wenn überhaupt) alleine der *class representative* eine Erfolgshonorarvereinbarung mit dem *class counsel*; mit Blick auf die Gruppe fällt eine solche Vereinbarung meistens außer Betracht, weil sie nur dann gültig zustande kommt, wenn sie mit jedem Gruppenmitglied einzeln abgeschlossen wird.²⁴⁰ Auch wenn die Kostentragung in Sammelklageverfahren durchaus Gegenstand der Vergleichsverhandlungen ist und in entsprechenden *fee agreements* oft wichtige kostenrelevante Aspekte (namentlich Anwalts-, Benachrichtigungs- und weitere Administrationskosten)²⁴¹ geregelt werden, ergibt sich der Honorarananspruch – jedenfalls gegenüber der Gruppe der Geschädigten – nicht aus Vertrag²⁴², sondern meistens aufgrund des sog. *common fund*-Ansatzes. Danach hat derjenige, der einen Vorteil zugunsten Dritter erstreitet, Anspruch auf eine

²³⁵ Vgl. dazu *Redman v. RadioShack Corp.*, 768 F.3d 622, 628 (7th Cir. 2014); *Synfuel Technologies, Inc. v. DHL Express (USA), Inc.*, 463 F.3d 646, 654 (7th Cir. 2006); Newberg-Rubenstein, § 12:8.

²³⁶ Vgl. 28 U.S.C. § 1712; dazu Newberg-Rubenstein, § 12:9 ff.; Hohl, S. 164 f., 182 ff.

²³⁷ Vgl. etwa *Hughes v. Kore of Indiana Enterprise, Inc.*, 731 F.3d 672, 675 f. (7th Cir. 2013); *Nachshin v. AOL, LLC*, 663 F.3d 1034, 1038 f. (9th Cir. 2011); Newberg-Rubenstein, § 12:32; Eichholtz, S. 189 ff.

²³⁸ *Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society*, 421 U.S. 240, 247, 270 f. (1975); vgl. zu den Ausnahmen a.a.O., 257 ff.; Schack, Einführung, Rz. 22.

²³⁹ *Hensler*, United States, S. 539 f.; Schack, Einführung, Rz. 21; Hay, US Recht, N 155.

²⁴⁰ Vgl. *Alexander*, 47 DePaul L. Rev. 347, 348 (1998); Bergmeister, S. 162 f.

²⁴¹ Vgl. nur *In re Prudential Ins. Co. America Sales Practice Litigation Agent Actions*, 148 F.3d 283, 329 (3rd Cir. 1998); Greer-Mullenix, S. 202; vgl. auch AMCL 4th, N 21.7.

²⁴² Vgl. aber den Wortlaut von Rule 23(h) FRCP, erster Satz; dazu Newberg-Rubenstein, § 15:76.

angemessene, vom Gericht festgelegte Vergütung.²⁴³ Im Ergebnis wirkt dieser Ansatz gleich wie die *contingency fee*²⁴⁴; aufgrund des Skaleneffekts sind Anwälte gerade bei *class actions* bereit, zunächst ohne Honorar viel Arbeit und finanzielle Mittel in die Vorbereitung der Klage zu investieren.²⁴⁵ Teilweise begründen allerdings auch gesetzliche Bestimmungen einen einseitigen Anspruch auf Kostenerstattung gegen den Beklagten (*statutory fee shifting*).²⁴⁶ Insbesondere in diesen Fällen werden die Zahlungsmodalitäten des Anwalts-honorars durchaus bereits in einem *fee agreement* geregelt; die Gerichte sind an entsprechende Vereinbarungen aber nicht gebunden.²⁴⁷

Denn unabhängig von der Anspruchsgrundlage hat das Gericht bei *class actions* zwingend über das Anwaltshonorar zu befinden; das Verfahren richtet sich dabei nach Rule 23(h) und Rule 54(d)(2) FRCP.²⁴⁸ Demnach muss der *class counsel* innerhalb einer vom Gericht festgelegten Frist die Vergütung beantragen und die Gruppenmitglieder diesbezüglich informieren (Rule 23(h)(1) i.V.m. Rule 54(d)(2) FRCP)²⁴⁹ – wobei oft in derselben Benachrichtigung die Vergleichsvereinbarung, die Beteiligungsrechte und das Anwaltshonorar angekündigt werden.²⁵⁰ Die Gruppenmitglieder können das beantragte Honorar per *objection* anfechten und vom Gericht angehört werden (Rule 23(h)(2) und (3) FRCP).²⁵¹ Überdies ist das Gericht befugt, Gutachter oder andere Hilfspersonen beizuziehen (Rule 23(h)(4) i.V.m. Rule 54(d)(2)(D) FRCP).²⁵²

Zur Überprüfung der Angemessenheit wird entweder auf Basis der aufgewendeten Arbeitszeit und des Stundenansatzes (*lodestar method*) oder eines gewissen Prozentsatzes der Entschädigungssumme (*percentage-of-fund method*) ein Wert ermittelt, der dann mithilfe unterschiedlicher Faktoren (Kom-

²⁴³ *Boeing Co. v. Van Gemert*, 444 U.S. 472, 478 ff. (1980); *Chambers v. NASCO, Inc.*, 501 U.S. 32, 45 (1991); *Wright et al.-Kane*, § 1803; *Greer-Walston*, S. 216.

²⁴⁴ *Bergmeister*, S. 163.

²⁴⁵ Vgl. *Karlsgodt*, S. 53; *Hensler*, *Litigation*, S. 161 f.; dazu auch bereits 2. Teil, A.I.2.d.

²⁴⁶ *Newberg-Rubenstein*, § 15:25; *Greer-Walston*, S. 216 f.

²⁴⁷ *Piambino v. Bailey*, 610 F.2d 1306, 1328 (5th Cir. 1980); dazu näher *Newberg-Rubenstein*, § 15:76.

²⁴⁸ Allerdings kann das Gericht bereits bei der Ernennung des *class counsels* Informationen über das erwartete Honorar verlangen und die erforderlichen Anordnungen treffen (Rule 23(g)(1)(C) und Rule 23(g)(1)(D) FRCP); *Newberg-Rubenstein*, § 15:4; vgl. dazu bereits 2. Teil, A.I.2.d.

²⁴⁹ Vgl. dazu näher *Newberg-Rubenstein*, § 15:9 ff.

²⁵⁰ Vgl. 2. Teil, A.II.2.

²⁵¹ Oft wird das beantragte Honorar im *fairness hearing* zur Vergleichsvereinbarung thematisiert: *AMCL* 4th, N 21.726.

²⁵² Vgl. *In re Rite Aid Corp. Securities Litigation*, 396 F.3d 294, 307 (3rd Cir. 2005); *In re Prudential Ins. Co. America Sales Practice Litigation Agent Actions*, 148 F.3d 283, 316 (3rd Cir. 1998); vgl. auch *Newberg-Rubenstein*, § 15:17.

plexität des Falles, Erfahrung des Anwalts, bewilligte Honorare in vergleichbaren Fällen) herauf- oder herabgesetzt wird.²⁵³ Ein eindeutiger Unterschied zwischen den Ergebnissen der beiden Methoden ist offenbar nicht feststellbar.²⁵⁴ Gerichte wenden zunehmend beide Methoden an, um die Resultate abzugleichen.²⁵⁵ Das durchschnittliche Honorar beträgt ungefähr 25 Prozent der Entschädigungssumme²⁵⁶ und wird entweder aus dem Entschädigungsfonds oder als separate Zahlung des Beklagten an den *class counsel* entrichtet.²⁵⁷

Abgesehen von der Grundsatzdiskussion über die Vor- und Nachteile der *lodestar*- und *percentage-of-fund*-Methoden²⁵⁸ und deren bisweilen als arbiträr empfundenen Ergebnissen²⁵⁹ ist die Honorarberechnung insbesondere bei *revisionary funds*, *claims-made settlements* sowie *coupon settlements* Gegenstand von Kontroversen.²⁶⁰

b) Vergütung des Repräsentanten und andere Kosten

Das Gericht kann dem *class representative* eine zusätzliche Vergütung (*incentive award*) für den Aufwand und die Risiken zusprechen, die mit der Rolle als Vertreter der Gruppe verbunden sind.²⁶¹ Ebenso wie das Anwaltshonorar wer-

²⁵³ Vgl. zur *lodestar method* *McClain v. Lufkin Industries, Inc.*, 519 F.3d 264, 284 (5th Cir. 2008); *Johnson v. Georgia Highway Express, Inc.*, 488 F.2d 714, 717 ff. (5th Cir. 1974); *Lindy Bros. Builders, Inc. of Phila. v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.*, 487 F.2d 161, 166 ff. (3rd Cir. 1973); zur *percentage-of-fund method* *Hanlon v. Chrysler Corporation*, 150 F.3d 1011, 1029 (9th Cir. 1998); vgl. zum Ganzen Greer-Walston, S. 218 ff.; Newberg-Rubenstein, § 15:65.

²⁵⁴ Vgl. Eisenberg/Miller, 7 JELS 248, 269 (2010); dazu bereits krit. Alexander, 43 Stan. L. Rev. 497, 541 (1991).

²⁵⁵ Vgl. etwa *Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa U.S.A., Inc.*, 396 F.3d 96, 121 ff. (2nd Cir. 2005); *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 820 f. (3rd Cir. 1995); Eisenberg/Miller, 7 JELS 248, 267 f. (2010); Newberg-Rubenstein, § 15:85.

²⁵⁶ Vgl. Eisenberg/Miller, 7 JELS 248, 261 ff. (2010); Fitzpatrick, 7 JELS 811, 835 (2010); vgl. auch Newberg-Rubenstein, § 15:83.

²⁵⁷ Vgl. *Boeing Co. v. Van Gemert*, 444 U.S. 472, 478 ff. (1980); *Prandini v. National Tea Co.*, 557 F.2d 1015, 1021 (3rd Cir. 1977); Greer-Mullenix, S. 187; Eichholtz, S. 207.

²⁵⁸ Vgl. Hensler, Litigation, S. 158 f.; Greer-Walston, S. 217 ff.; Newberg-Rubenstein, § 15:64 f.

²⁵⁹ Vgl. etwa Alexander, 43 Stan. L. Rev. 497, 541 (1991); Berger, S., 126 U. Pa. L. Rev. 281, 284 (1977); Fitzpatrick, 158 U. Pa. L. Rev. 2043, 2053 f. (2010); a.A. Marcus D., 159 U. Pa. L. Rev. 157, 166 (2011); vgl. auch *Pennsylvania v. Delaware Valley Citizens' Council for Clean Air*, 478 U.S. 546, 562 ff. (1986).

²⁶⁰ Vgl. Newberg-Rubenstein, § 15:70 f.; Greer-Mullenix, S. 187; Hensler, Litigation, S. 160; vgl. dazu bereits 2. Teil, A.II.8.

²⁶¹ *Matter of Continental Illinois Securities Litigation*, 962 F.2d 566, 571 (7th Cir. 1992); *Staton v. Boeing Co.*, 327 F.3d 938, 976 f. (9th Cir. 2003); *Sullivan v. DB Investments, Inc.*, 667 F.3d 273, 333 (3rd Cir. 2011).

den entsprechende Vergütungen oft mit der *common fund*-Doktrin gerechtfertigt.²⁶² Solche Zahlungen – im Durchschnitt erhält ein Repräsentant etwa USD 12 000²⁶³ – können jedoch zu Interessenkonflikten führen und die *fair and adequate representation* des Repräsentanten und der Anwälte in Frage stellen.²⁶⁴ Erforderlich ist deshalb eine detaillierte Dokumentation²⁶⁵ des getätigten Aufwands, auf deren Grundlage das Gericht die Angemessenheit entsprechender Zahlungen überprüft.²⁶⁶ Besondere Restriktionen gelten in diesem Zusammenhang bei *securities class actions*.²⁶⁷

Abgesehen vom Anwaltshonorar können bei Sammelklageverfahren wie bereits gezeigt insbesondere die *discovery*- sowie die Benachrichtigungskosten ins Gewicht fallen.²⁶⁸ Weniger relevant sind andere Kosten wie etwa Gerichtsgebühren oder Vergütungen für Experten und Zeugen.²⁶⁹

III. Würdigung

Die *class action* ist ein gefestigter, prominenter Bestandteil des modernen US-amerikanischen Zivilverfahrensrechts. Die Fassung von Rule 23 FRCP aus dem Jahr 1966 wurde seither zwar um wichtige Bestimmungen ergänzt, insgesamt aber zurückhaltend revidiert. Wenngleich sich kaum verlässliche Angaben über die jährlich erfolgreich abgeschlossenen *class actions* machen lassen²⁷⁰, ist ihre Relevanz in der Praxis ausreichend belegt.²⁷¹

Auch wenn sie wie erwähnt nicht das einzige Instrument zur kollektiven Rechtsdurchsetzung in den USA darstellt, steht jeweils die *class action* im Fokus der europäischen Debatte zum kollektiven Rechtsschutz, sei es als Vorbild,

²⁶² *Matter of Continental Illinois Securities Litigation*, 962 F.2d 566, 571 (7th Cir. 1992); vgl. auch Newberg-Rubenstein, § 17:4.

²⁶³ Newberg-Rubenstein, § 17:8.

²⁶⁴ *Radcliffe v. Experian Information Solutions Inc.*, 715 F.3d 1157, 1164 ff. (9th Cir. 2013); *Staton v. Boeing Co.*, 327 F.3d 938, 976 f. (9th Cir. 2003).

²⁶⁵ *Bellinghausen v. Tractor Supply Company*, 306 F.R.D. 245, 266 (N.D. Cal. 2015); *In re Payment Card Interchange Fee and Merchant Discount Antitrust Litigation*, 991 F.Supp.2d 437, 448 (E.D. N.Y. 2014).

²⁶⁶ *Cook v. Niedert*, 142 F.3d 1004, 1016 (7th Cir. 1998); *Radcliffe v. Experian Information Solutions Inc.*, 715 F.3d 1157, 1164 ff. (9th Cir. 2013); Newberg-Rubenstein, § 17:13.

²⁶⁷ Vgl. Newberg-Rubenstein, § 17:19.

²⁶⁸ Greer-Mullenix, S. 184, 190; dazu bereits 2. Teil, A.I.5 und A.I.6.

²⁶⁹ Vgl. Newberg-Rubenstein, § 16:1; *Eisenberg/Miller*, 7 JELS 248, 274 f. (2010).

²⁷⁰ In den Jahren 2006 und 2007 wurden auf Bundesebene je 304 bzw. 384 *class action settlements* genehmigt; frühere Studien zählten demgegenüber bloß ca. 40 jährliche *settlements*, vgl. *Fitzpatrick*, 7 JELS 811, 814 ff. (2010).

²⁷¹ *Baetge/Eichholtz*, S. 355; *Bergmeister*, S. 195 f. (mit Blick auf *securities class actions*); vgl. auch *Hensler et al.*, S. 466 ff.; krit. bspw. *Mullenix*, 64 Emory L.J. 399, 447 ff. (2014); *Hess*, AG 2003, 113, 117; *Bruns*, ZZP 125 (2012), 399, 409.

sei es als Schreckbild.²⁷² Fällt die Kritik differenzierter aus, wird mit gutem Grund auf die fundamentalen Unterschiede zwischen dem US-amerikanischen Recht und der kontinentaleuropäischen Zivil- und Prozessrechtstradition hingewiesen: Ein Großteil der Probleme, die sich im Zusammenhang mit der US-amerikanischen *class action* ergeben – allen voran das Problem missbräuchlicher Klagen –, hängen demnach nicht unmittelbar mit der Regelung der Sammelklage, sondern mit der *American rule*, der *pretrial discovery*, den *jury trials* und der Zulässigkeit von *punitive damages* zusammen.²⁷³ Aus dieser Erkenntnis lassen sich freilich unterschiedliche Schlüsse ziehen. Begreift man die *class action* mit den erwähnten Sonderelementen des US-amerikanischen Rechts gesamthaft als kohärentes Normengefüge, das in der Hauptsache den Leitgedanken des *private law enforcement* verwirklichen soll, kann man sie mit Hinweis auf ihre vielfältigen Probleme einerseits und das kontinentaleuropäische „Gegenmodell“ andererseits, dargestellt als Kombination von relativ ausgeprägter staatlicher Regulierung und funktionstüchtigen Verbandsklagen, als Lösungsansatz generell ablehnen.²⁷⁴ Allerdings sollte man sich fragen, ob damit nicht gleich das Kind mit dem Bade ausgeschüttet wird, lässt sich doch der Bündelungsmechanismus der Sammel- bzw. Gruppenklage, von Einzelfragen wie dem *opt-out*-Ansatz²⁷⁵ einmal abgesehen, durchaus in das traditionelle europäische Zivilprozessrecht integrieren, wie die vielfältig ausgestalteten Gruppenklagen, die in den vergangenen Jahren in zahlreichen europäischen Ländern eingeführt wurden²⁷⁶, zeigen – selbst wenn ihre jeweilige (Erfolgs-)Bilanz zum Teil noch wenig ausgewertet ist.

Abstrahiert man die *class action* von den erwähnten Sonderelementen des US-amerikanischen Rechts, zeigt sich, dass die vermeintlichen Unterschiede weniger groß sind als erwartet: So kennt auch das schweizerische Recht bereits eine ganze Reihe repräsentativer Verfahren mit gesetzlich erzwungener Bindungswirkung gegenüber den vertretenen Gruppenmitgliedern, etwa die Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG.²⁷⁷ Sammelklagen sind insofern durchaus ohne den ideologischen Überbau des *private law enforcement* denkbar und las-

²⁷² Affirmativ etwa *Perucchi*, AJP 2011, 489 ff.; sehr kritisch, aber wenig fundiert demgegenüber Botschaft ZPO, BBl 2006, 7221, 7290; *Nobel/Sauerwein*, SZW 2011, 283, 290 f.; *economiesuisse*, dossierpolitik Nr. 6, 6. Oktober 2014.

²⁷³ Vgl. *Ebbing*, ZVglRWiss 103 (2004), 31 ff., 51; *Stadler*, Bündelung I, S. 16; *dies.*, VuR 2011, 79; *Bühler*, NZZ v. 9.6.2010, S. 21; Bundesrat, Bericht 2013, S. 37; vgl. aber auch *Domej*, ZJP 125 (2012), 421, 450.

²⁷⁴ So *Bruns*, ZJP 125 (2012), 399 ff.; *ders.*, Gruppenklagen, S. 255 ff.; in diese Richtung auch *Eichholtz*, S. 305 ff.

²⁷⁵ Dazu eingehend 3. Teil, C.

²⁷⁶ Vgl. dazu bereits Einleitung, A.

²⁷⁷ Dazu und zu weiteren Beispielen Bundesrat, Bericht 2013, S. 32 ff.; *Domej*, ZJP 125 (2012), 421, 433 f.

sen sich schlicht als effizientes Instrument des Zivilverfahrensrechts zur Bewältigung einer Vielzahl gleichgerichteter Ansprüche begreifen.²⁷⁸ Selbst wenn man es für sinnvoller halten sollte, die Prävention und Kompensation von Streuschäden etwa im Verbraucher- und Kartellrecht durch Verbandsklagen auf Gewinnabschöpfung, Unterlassung und Beseitigung anstatt durch privat initiierte Leistungssammelklagen sicherzustellen, kann man die Bündelung von Ansprüchen in Sammelklagen zur Bereinigung von Massenschäden durchaus befürworten.²⁷⁹ All das muss keineswegs bedeuten, dass man vor dem Missbrauchspotential von Sammelklagen die Augen verschließen sollte. Überlegungen zur Missbrauchskontrolle und zum Schutz der Verfahrensrechte der Beteiligten sind ebenso notwendig wie eine nähere Auseinandersetzung mit den Ursachen und Folgen der hohen Vergleichsquote bei Sammelklagen und dem Phänomen der *settlement class action* – darauf ist im dritten Teil zurückzukommen.

B. WCAM-Vergleiche in den Niederlanden

I. Entstehung und Revision des Gesetzes

1. Schadensabwicklung beim DES-Fall

Bis zum Jahr 2005 bot das niederländische Recht keinen besonderen Rechtsbehelf zur kollektiven Geltendmachung von Leistungsansprüchen.²⁸⁰ Die 1994 in Kraft getretene Regelung zur sog. allgemeinen Verbandsklage schließt die Geltendmachung von Schadenersatz explizit aus (Art. 3:305a Abs. 3 BW). Sie spielt in der Praxis aber eine durchaus beachtliche Rolle, wohl nicht zuletzt auch deshalb, weil sie als Feststellungsklage ein „faktisches Präjudiz“ schaffen kann.²⁸¹

Das *Wet collectieve afwikkeling massaschade* (WCAM; Gesetz zur kollektiven Abwicklung von Massenschäden) entstand anlässlich eines internationalen Produkthaftungsfalles: Nebenwirkungen des pharmazeutischen Wirk-

²⁷⁸ Vgl. *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815, 860 (1999); *General Telephone Co. of Southwest v. Falcon*, 457 U.S. 147, 155 (1982); *Newberg-Rubenstein*, § 1:9.

²⁷⁹ Vgl. *Stadler*, *Class Actions*, S. 96 ff.; *Kodek*, *Möglichkeiten*, S. 373 f., 383 f.; vgl. dazu auch 3. Teil, B.II.1.

²⁸⁰ Siehe dazu *Mom*, S. 264, 325 ff.; *van Boom*, S. 172 f.; *Asser/Groen/Vranken/Tzankova*, *ZZPInt* 8 (2003), 329, 368.

²⁸¹ Vgl. etwa HR, 27.11.2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, Ziff. 4.8.2; *Mom*, S. 280 ff.; *van Boom*, S. 175 ff.; *Arons*, S. 240. Zwischen 1994 und 2012 wurden über 288 Verbandsklagen eingereicht, vgl. dazu und zu weiteren Zahlen *Tzankova*, *VbR* 2015, 149, 152; zur Strategie, einzelne abgetretene Leistungsansprüche in Kombination mit einer Verbandsklage auf Feststellung einzuklagen *dies.*, *VbR* 2015, 178, 181.

stoffs Diethylstilbestrol (DES) führten in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts alleine in den Niederlanden bei mindestens 34 000 Betroffenen zu Krebs-erkrankungen und Fehlbildungen.²⁸² Nach einem richtungsweisenden Ent-scheid des höchstinstanzlichen Gerichts (*Hoge Raad*) im Jahr 1992²⁸³ kam es auf Initiative der Pharmaproduzenten und Versicherungen zu Verhandlungen mit Vertretern der Geschädigten, die in die Gründung eines Entschädigungs-fonds mündeten.²⁸⁴ Aus Sicht der Unternehmen bot jedoch keines der damals zur Verfügung stehenden Rechtsinstrumente genügend Sicherheit dafür, dass die getroffene Vereinbarung zur Schadenabwicklung den Rechtsstreit abschlie-ßend geregelt und nachträgliche Schadenersatzklagen unterbunden hätte.²⁸⁵ Die Regierung ließ daraufhin einen Entwurf für ein neuartiges Verfahren zur gerichtlichen Verbindlicherklärung eines Gruppenvergleichs erarbeiten.²⁸⁶ Da-bei orientierte man sich weitgehend an den Erfahrungen mit *class actions* in den USA, die wie gezeigt nahezu immer durch Vergleich beendet werden.²⁸⁷

In einem WCAM-Verfahren werden die Geschädigten von einer Organisa-tion vertreten, die mit dem Schädiger in Vergleichsverhandlungen tritt. Das Gericht wird erst in den Rechtsstreit involviert, wenn sich die Vertragsparteien über die Entschädigungssumme und das Abwicklungsverfahren einig sind. Durch ein gerichtliches Genehmigungsverfahren beim *Gerechtshof Amster-dam*, einem Gericht zweiter Instanz, erlangt der Gruppenvergleich Verbind-lichkeit gegenüber sämtlichen Betroffenen des Massenschadens, soweit diese nicht von ihrem Recht zum *opt-out* Gebrauch machen.²⁸⁸

Das im Juli 2005 in Kraft getretene WCAM ist ein Ergänzungsgesetz, das zum einen die materiellrechtlichen Bestimmungen zum Vergleichsvertrag im *Burgerlijk Wetboek* (BW, vgl. Art. 7:907–910 BW) und zum anderen die ver-fahrensrechtlichen Regelungen über „verschiedene Belange“ im *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (Rv, vgl. Art. 1013–1018a Rv) erweitert. Die Vorschriften des WCAM werden teilweise konkretisiert und ergänzt durch das

²⁸² Vgl. *Mom*, S. 322; *Hodges*, S. 71; *van der Heijden*, EJCL, vol. 14.3 (2010), 2; *Stadler*, FS Hailbronner (2013), S. 885; *van Boom*, S. 177 f.; vgl. zu US-amerikanischen *class ac-tions* im Zusammenhang mit DES *Hensler/Peterson*, 59 Brook. L. Rev. 961, 981 ff. (1993).

²⁸³ Vgl. HR, 9.10.1992, VersRAI 1993, 39 ff.; dazu *Mom*, S. 323 f.

²⁸⁴ Vgl. *van Boom*, S. 177 f.; *Mom*, S. 324 f.

²⁸⁵ Vgl. *Tzankova/Lunsingh Scheurleer*, S. 155 f.; *van Boom*, S. 177 f.; *Hodges*, S. 71; vgl. dazu auch MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 1 ff.

²⁸⁶ Man verzichtete dabei explizit auf eine Revision der Regelung zur Verbandsklage, welche die Geltendmachung reparatorischer Ansprüche ausschließt (Art. 305a Abs. 3 BW). Begründet wurde dies u.a. damit, dass die Kausalität und ein etwaiges Selbstverschulden in jedem Einzelfall hätte geprüft werden müssen, vgl. MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 5 f.; *Mom*, S. 327; *van Boom*, S. 178.

²⁸⁷ Vgl. MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 5 f.; *Mom*, S. 332; *Tzankova/van Lith*, Rz. 4.17; vgl. auch 2. Teil, A.II.1.

²⁸⁸ Vgl. für eine graphische Darstellung des typischen Verfahrensablaufs Anhang 1 (S. 220).

Verfahrensreglement *Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven*.²⁸⁹

2. Evaluation und Revision des WCAM

Bereits zwei Jahre nach Inkrafttreten des WCAM wurde eine erste Evaluation durchgeführt²⁹⁰ und eine spezifisch auf das internationale Privat- und Prozessrecht ausgerichtete Studie in Auftrag gegeben.²⁹¹ Die Bilanz der Evaluation war grundsätzlich positiv. Angeregt wurde unter anderem die Schaffung zusätzlicher Anreize für den Abschluss eines Gruppenvergleichs.²⁹² Solche Impulse sollte etwa ein neuartiges, beim *Hoge Raad* angesiedeltes Vorlageverfahren schaffen, dessen Regelung als erster Teil der Reform im Juli 2012 in Kraft getreten ist.²⁹³ Den zweiten Teil der Reform bilden die Gesetzesänderungen im WCAM selbst bzw. im *Burgerlijk Wetboek*, im *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* und nun zusätzlich auch im *Faillissementswet* (Fw; Insolvenzgesetz); sie sind Anfang Juli 2013 in Kraft getreten.²⁹⁴

Weitere Revisionsbestrebungen sind seit Sommer 2014 im Gange. Zur Debatte steht eine Ausweitung der Verbandsklage auf reparatorische Ansprüche, um den Zugang zur Justiz bei Massen- und insbesondere auch Streuschäden zu verbessern.²⁹⁵

²⁸⁹ Vgl. Staatscourant Nr. 17550, 30 juni 2015, Ziff. 2.2.2. Das Reglement hat einen verbindlichen Charakter sowohl gegenüber dem Gericht als auch gegenüber den Verfahrensbeteiligten, vgl. HR, 28.6.1996, Nr. 16012 (in: NJ 1997, Nr. 495 [S. 2659 ff.]); dazu näher *Silten*, *Ars Aequi* 2014, 569 ff.; vgl. auch *Tzankova*, *Unif. L. Rev.* 2014, 1, 13.

²⁹⁰ Vgl. Brief Justizmin., TK 2008-2009, 31 762, Nr. 1, S. 1 ff.; *Tzankova/Hensler*, S. 92.

²⁹¹ Vgl. *van Lith*, S. 13 ff.

²⁹² Vgl. Brief Justizmin., TK 2008-2009, 31 762, Nr. 1, S. 3 ff.

²⁹³ Vgl. Stb. 2012, 166.

²⁹⁴ Vgl. Stb. 2013, 255; Stb. 2013, 256.

²⁹⁵ Ein erster, unterdessen überarbeiteter Gesetzesvorschlag sah noch ein mehrstufiges, eng mit dem WCAM verzahntes Verfahren vor, welches die Parteien schrittweise zum Abschluss eines Gruppenvergleichs bewegen sollte (vgl. *Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie*; <www.internetconsultatie.nl/motiedijksma> (7.5.2017); dazu *Tzankova*, *VbR* 2015, 178, 179 ff.; *Bosters et al.*, *NJB* 2015, 1584 ff.; *Stadler*, *ZfPW* 2015, 61, 72 ff.). Im aktuellen, überarbeiteten Gesetzesvorschlag bleibt das Verbandsklageverfahren (wie bisher) vom WCAM-Verfahren getrennt. Falls die Parteien des Verbandsklageverfahrens einen Gruppenvergleich schließen, könnten sie beim erstinstanzlichen Gericht, das mit der Verbandsklage befasst ist (zuständig wäre ausschließlich die *Rechtbank Amsterdam*, Art. 1018b E-Rv), die Genehmigung der Vergleichsvereinbarung beantragen. Dabei kämen die Bestimmungen des WCAM sinngemäß zur Anwendung (Art. 1018h E-Rv), vgl. *VvW*, TK 2016-2017, 34 608, Nr. 2; *MvT*, TK 2016-2017, 34 608, Nr. 3.

3. Übersicht zu den abgeschlossenen Verfahren

Bisher wurden sieben Massenschäden in elf Entscheidungen des *Gerechtshof Amsterdam* auf der Grundlage des WCAM abgewickelt: *DES-I* (2006) und *DES-II* (2014); *Dexia* (2007); *Vie d'Or* (2009); *Shell* (2009); *Vedior* (2009); *Converium-I* (2010) und *Converium-II* (2012); *DSB-I* (2013), *DSB-II* (2014) und *DSB-III* (2014).²⁹⁶ Mit Ausnahme des *DES*-Verfahrens ging es jeweils um Streitigkeiten im Finanzmarkt-, Gesellschafts- und Bankrecht. Zusammenge-rechnet belaufen sich die bisher genehmigten Entschädigungen auf ca. 2 Mia. €. Grob geschätzt sind die Gruppenvergleiche verbindlich für 1.2 Mio. Geschädigte.²⁹⁷ Im März 2016 wurde ein weiterer Antrag auf Verbindlicherklärung eines internationalen Gruppenvergleichs im Bereich des Finanzmarktrechts eingereicht (*Fortis* bzw. *Ageas*).²⁹⁸

II. Voraussetzungen und Ablauf des Verfahrens

1. Anwendungsbereich

Als Teilbereich des *Burgerlijk Wetboek* (und der niederländischen Zivilprozessordnung) ist das WCAM-Verfahren grundsätzlich in sämtlichen Bereichen des Zivilrechts anwendbar.²⁹⁹ Zwar hatte der Gesetzgeber vor dem Hintergrund des *DES*-Skandals primär Massenschäden aufgrund von Großunfällen oder fehlerhaften Produkten im Blick³⁰⁰, indes dominieren in der Praxis bisher Fälle im Bereich des Finanzmarktrechts.³⁰¹

Seit der Revision des WCAM können überdies Insolvenzfälle über einen Gruppenvergleich abgewickelt werden (vgl. insbes. Art. 26, Art. 110 Abs. 3 Fw).³⁰²

²⁹⁶ Vgl. dazu die Eckdaten in Anhang 2 (S. 222).

²⁹⁷ Vorausgesetzt, die Verbindlichkeit der Gruppenvergleiche wird auch im Ausland anerkannt; zu den Schwierigkeiten in diesem Zusammenhang 2. Teil, B.II.7.b. Vgl. zu den genannten und weiteren Zahlen Anhang 2 (S. 222).

²⁹⁸ Die vorgeschlagene Vergleichssumme beträgt 1.2 Mia. €, die Anzahl der Geschädigten ist noch unbekannt, vgl. <www.ageas.com> → Newsroom → 2016 → Press release v. 14.3.2016: „Ageas, Deminor, Stichting FortisEffect, SICAF and VEB reach agreement aiming at settling all Fortis civil legacies“ (7.5.2017).

²⁹⁹ Dazu MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 1 ff., 10; *Allemeersch*, S. 366; *Tzankova/van Lith*, Rz. 4.03; *Mom*, S. 327 f.

³⁰⁰ Vgl. MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 1 ff.; *Mom*, S. 330.

³⁰¹ Vgl. Anhang 2 (S. 222).

³⁰² Anlass für diese Ausweitung des Anwendungsbereichs gab die Insolvenz der niederländischen Bank *DSB* im Jahr 2009, in deren Folge ca. 10 000 Bankkunden Ansprüche aus Vertragsverletzung gegen *DSB* bzw. deren Konkursmasse geltend machten. Die Prüfung dieser Forderungen von unsicherem Bestand drohte viele Jahre in Anspruch zu nehmen und hohe Kosten zu verursachen. Durch die vom Gesetzgeber relativ kurzfristig umgesetzte Ausweitung des Anwendungsbereichs des WCAM konnten die Insolvenzverwalter auf eine Ein-

2. Beteiligte des Verfahrens

Ein WCAM-Verfahren wird nicht durch Klage, sondern durch Antrag eingeleitet³⁰³; es gibt weder Kläger noch Beklagte im herkömmlichen Sinne. Parteien bzw. Antragsteller des Verfahrens sind in der Regel Stiftungen und Vereine als Vertreter der Geschädigten sowie die Schädiger.³⁰⁴ Eine Sonderstellung haben – ähnlich wie bei *class actions* in den USA³⁰⁵ – die Geschädigten: Sie haben keine formelle Parteistellung und können insbesondere selbst keinen Antrag auf Verbindlicherklärung des Gruppenvergleichs stellen (Art. 7:907 Abs. 1 BW *e contrario*).³⁰⁶

a) Stiftungen und Vereine

Anders als bei der US-amerikanischen *class action*³⁰⁷ wird die Gruppe nicht von einem einzelnen Geschädigten, sondern von rechtsfähigen Stiftungen oder Vereinen vertreten.³⁰⁸ Die Organisationen führen die Vergleichsverhandlungen und das Verfahren im eigenen Namen, aber im Interesse der Geschädigten.³⁰⁹ Letztere sind nicht verpflichtet, dem Verein beizutreten bzw. die Stiftung zu unterstützen.³¹⁰

zelfallprüfung verzichten, und stattdessen mit Organisationen, welche die Gläubiger vertreten, einen Gruppenvergleich schließen, der sämtliche Forderungen gegen die Konkursmasse stark pauschalisiert gewissen Kategorien zuwies; das Insolvenzverfahren konnte so erheblich beschleunigt werden. Der DSB-Gruppenvergleich wurde vom *Gerechtshof Amsterdam* nach zwei *interim*-Entscheidungen schließlich im November 2014 für verbindlich erklärt, vgl. GH Amsterdam, 12.11.2013 (*DSB-I*); GH Amsterdam, 13.5.2014 (*DSB-II*); GH Amsterdam, 4.11.2014 (*DSB-III*); dazu *Tzankova*, JOR 2015/10; *Rutten*, TvI 2014/38; *van der Velden/Raaijmakers*, TOP 2014(5), 381. Auf die Besonderheiten des Gruppenvergleichs in Insolvenzverfahren kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden; vgl. dazu MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 7 ff., S. 27 ff.; *Tzankova/Hensler*, S. 99; *Tzankova*, JOR 2015/10; *Vriesendorp*, S. 173 ff.

³⁰³ Vgl. dazu näher 2. Teil, B.II.5.a.

³⁰⁴ Siehe *van Boom*, S. 179; *Hondius/Mom*, S. 171. Als Partei auftreten kann zudem die Aufsichtsbehörde in Verbrauchersachen (*Consumentenautoriteit*), dazu näher *Mom*, S. 337 f. Die Behörde war bisher an keinem WCAM-Verfahren beteiligt.

³⁰⁵ Vgl. *Newberg-Rubenstein*, § 1:5; vgl. auch 2. Teil, A.I.7.

³⁰⁶ *Tzankova/van Lith*, Rz. 4.21; *Weber/van Boom*, S. 70. Vgl. zum Recht auf Stellungnahme und *opt-out* aber 2. Teil, B.II.5.h und B.II.6.

³⁰⁷ Siehe 2. Teil, A.I.

³⁰⁸ Vgl. zum Verein Art. 2:26 ff. BW, zur Stiftung Art. 2:285 ff. BW; *Mom*, S. 202 ff.; *Mincke*, Rz. 442, 445; *van Hooijdonk/Eijsvoogel*, S. 8.

³⁰⁹ Vgl. nur GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 5.1.1; *Tzankova/van Lith*, Rz. 4.18; vgl. auch *Frenk/Boele-Woelki*, S. 223. Vgl. zur dogmatischen Einordnung der Vertretungsbefugnis 3. Teil, D.IV.1.b.

³¹⁰ *van Boom*, S. 189; *Tzankova*, VbR 2015, 149, 150.

Stiftungen und Vereine sind in den Niederlanden historisch von Bedeutung für die Entwicklung des Verbraucherrechts und des kollektiven Rechtsschutzes³¹¹; mit der Wahl dieser beiden Repräsentationsformen für das WCAM-Verfahren konnte unmittelbar an das bestehende Institutionengefüge im Land und an die Regelung zur Verbandsklage in Art. 3:305a BW angeknüpft werden.³¹² Zur Verbandsklage und zur Antragstellung nach dem WCAM sind indes nicht nur etablierte Organisationen wie etwa Konsumentenschutz- oder Anlegerorganisationen zugelassen, sondern auch *ad hoc* gegründete Vereine oder Stiftungen, die ausschließlich zum Zweck der Bewältigung des betreffenden Massenschadens errichtet wurden.³¹³ An der Gründung der Stiftung oder des Vereins können sich (zumindest finanziell) auch der oder die Schädiger sowie Dritte, im Besonderen Prozessfinanzierer, beteiligen.³¹⁴ Soweit ersichtlich muss die Stiftung oder der Verein nicht zwingend nach niederländischem Recht errichtet werden.³¹⁵

Die im Folgenden erläuterten Anforderungen des WCAM an Stiftungen und Vereine werden *a posteriori* nach Einreichung der Vergleichsvereinbarung durch den *Gerechtshof Amsterdam* in jedem Einzelfall geprüft; vorgängig findet weder eine gerichtliche Selektion noch eine Autorisierung der Vertreterorganisationen statt.³¹⁶ Es ist somit möglich, dass im Zuge eines Massenschadens Organisationen an den Vergleichsverhandlungen beteiligt sind, die später nicht als Vertreter i.S.v. Art. 7:907 Abs. 1 BW anerkannt werden.³¹⁷

³¹¹ Vgl. zum Ganzen *Mom*, S. 38 ff., 202 ff.; *van Boom*, S. 173 ff.; *Hondius*, S. 355 ff.; *van den Bergen/Zijlma*, J.I.B.L.R. 2005, 633, 636; *Frenk/Boele-Woelki*, S. 213 ff.

³¹² *Hondius/Mom*, S. 172; *Mom*, S. 335; vgl. auch *Tzankova*, VbR 2015, 149 ff.

³¹³ Vgl. HR, 2.12.1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1562, Ziff. 5.1 ff.; *Mom*, S. 204; *van Lith*, S. 99, 102.

³¹⁴ Siehe z.B. GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 10.4; näher zur Finanzierung der Vertreterorganisation und der anwaltlichen Vertreter 2. Teil, B.II.8.

³¹⁵ *van Lith*, S. 99.

³¹⁶ Vgl. aber 2. Teil, B.II.3.c.

³¹⁷ Im *Shell*-Verfahren wurden zwei Pensionsfonds nicht als Vertreterorganisationen anerkannt, vgl. GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.4; *Mom*, S. 335 f. Der Gesetzgeber befürwortet eine enge Auslegung von Art. 7:907 Abs. 1 BW, vgl. MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 14 f. Im Schrifttum wird sie teilweise als zwar wortlautgetreu, aber unnötig formalistisch kritisiert, vgl. *Ozmis/Tzankova*, TvCR 2012, 33, 39 ff.; a.A. *de Jong*, *Ondernemingsrecht* 2009, 465, 471. Hingewiesen wird auf die – letztlich den Schaden tragenden – einzelnen Rentenbezüger, auf die bereits bestehende, transparente Organisationsstruktur und Professionalität von Pensionsfonds sowie auf US-amerikanische Studien, die belegen sollen, dass institutionelle Investoren bei Massenschäden tendenziell bessere Vergleichsergebnisse erzielen, vgl. *Ozmis/Tzankova*, TvCR 2012, 33, 39 ff. mit Hw. auf *Perino*, 9 JELS 386 (2012); *Choi/Pritchard/Fisch*, 83 Wash. U. L. Q. 268 (2005); *Cox/Thomas*, 106 Colum. L. Rev. 1587 (2006); vgl. dazu auch *Tzankova/Hensler*, S. 104 f.

aa) Satzung

Wie bei der Verbandsklage muss die Stiftung oder der Verein nach Art. 7:907 Abs. 1 BW die Interessen der Geschädigten ausdrücklich kraft ihrer bzw. seiner Satzung wahrnehmen.³¹⁸ Aus der Satzung muss deutlich werden, welche Interessen welcher Personen die Organisation wahrzunehmen beansprucht.³¹⁹ Erfolgt die Interessenwahrnehmung gemeinsam durch mehrere Vereine und/oder Stiftungen, genügt es, wenn sämtliche in den Gruppenvergleich einbezogenen Geschädigten – namentlich auch diejenigen mit Wohnsitz im Ausland – von der einen oder anderen Satzung erfasst sind.³²⁰

bb) Repräsentativität

Im Sinne einer qualitativen Voraussetzung muss die Organisation nach Art. 7:907 Abs. 3 lit. f BW mit Blick auf die Interessen der Geschädigten hinreichend repräsentativ sein.³²¹ Auf die Formulierung konkreter Kriterien zur Repräsentativität hat der Gesetzgeber bewusst verzichtet. Laut den Gesetzesmaterialien sollen insbesondere der Tätigkeitsbereich der Organisation, die Anzahl der Geschädigten unter deren Mitgliedern, die Beurteilung der Repräsentativität der Organisation durch die Geschädigten, das Verhältnis der Organisation zu staatlichen Behörden sowie die Präsenz der Organisation in den Medien mögliche Anhaltspunkte bieten.³²² Von Bedeutung für die Beurteilung der Repräsentativität ist zudem die Organisationsstruktur der Stiftung oder des Vereins.³²³ In diesem Zusammenhang haben Vertreterorganisationen als Selbstregulierungsmaßnahme einen *code of conduct* veröffentlicht: Der seit dem 1.1.2012 geltende *Claimcode* enthält Grundsätze zur Gemeinnützigkeit sowie zur Vermeidung von Interessenkonflikten und zur Gewährleistung der

³¹⁸ MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 10.

³¹⁹ Mom, S. 205.

³²⁰ GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 5.23; GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.3; GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 5.1.3 f.; implizit auch in GH Amsterdam, 13.5.2014 (*DSB-II*), Ziff. 6.2.2. Vgl. zur Definition bzw. zum Einbezug der Geschädigten 2. Teil, B.II.2.b.aa.

³²¹ Vgl. dazu statt vieler Mom, S. 359 ff.

³²² MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 15; vgl. zur Kasuistik etwa GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 5.23 ff.: Während die Repräsentativität der beiden bereits seit langem etablierten Konsumenten- bzw. Anlegerverbände *Consumentenbond* und *VEB* ohne weiteres gegeben sei, spreche bei zwei weiteren Organisationen deren Mitgliederzahl, deren Präsenz in den Medien sowie deren enge Kooperation mit dem *Consumentenbond* und *VEB* für die Repräsentativität; vgl. zum Ganzen auch *Hermans/de Bie Leuveling Tjeenk*, Rz. 26 ff.

³²³ Siehe Mom, S. 360.

Unabhängigkeit innerhalb der Organisation.³²⁴ Weiter werden Mindeststandards zur Wahl, Zusammensetzung und Aufsicht des Stiftungs- bzw. Vereinsvorstands sowie zu dessen Aufgaben, Arbeitsweise und Vergütung definiert.³²⁵ Der Kodex wurde in der Rechtsprechung bei der Überprüfung der Repräsentativität bereits berücksichtigt.³²⁶

Wird die Interessenvertretung durch verschiedene Stiftungen und Vereine wahrgenommen, genügt es (ebenso wie bei den Anforderungen an die Satzung³²⁷), wenn die involvierten Organisationen insgesamt für sämtliche Geschädigten repräsentativ sind, vorausgesetzt, jede einzelne ist für sich genommen repräsentativ für eine ausreichend große Gruppe von Betroffenen.³²⁸ Diese großzügige Rechtsprechung zum Repräsentativitätskriterium dürfte dazu beigetragen haben, dass mitunter auch kommerziell orientierte *ad hoc*-Vereine und -Stiftungen gegründet wurden, die sich durch aggressive Werbung gegenüber anderen Organisationen zu profilieren versuchten.³²⁹ Problematisch sind solche Tendenzen spätestens dann, wenn die Geschädigten nicht wissen, welche Organisationen seriös sind, und auch die Schädiger Schwierigkeiten haben, verlässliche Gegenparteien für Vergleichsverhandlungen zu finden.³³⁰ Zugleich ermöglicht aber ein Nebeneinander von etablierten Verbraucher- oder Anlegerschutzverbänden und *ad hoc*-Organisationen eine differenziertere, breiter abgestützte Interessenwahrnehmung – etwa dann, wenn etablierte Organisationen auf die Interessenvertretung verzichten. Bestenfalls führt es zu einem *checks and balances*-System unter den Organisationen.³³¹ Mindeststandards für die Organisationsstruktur im erwähnten *code of conduct* sollen unseriöse Organisationen verdrängen. Der niederländische Gesetzgeber unterstützt diese Selbstregulierung und hat deshalb bei der jüngsten Revision des WCAM

³²⁴ Der *Claimcode* ist u.a. abrufbar unter <www.consumentenbond.nl/nieuws/2011/duidelijkheid-over-claimstichtingen> (7.5.2017).

³²⁵ Vgl. zum Ganzen *Ozmis/Tzankova*, TvCR 2012, 33, 39 f.; *Tzankova/Hensler*, S. 103 f.

³²⁶ GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 10.4; GH Amsterdam, 13.5.2014 (*DSB-II*), Ziff. 6.2.4.

³²⁷ Dazu bereits 2. Teil, B.II.2.a.aa.

³²⁸ So erstmals GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 5.26; zuletzt GH Amsterdam, 13.5.2014 (*DSB-II*), Ziff. 6.2.3.

³²⁹ Vgl. MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 4 ff.; *Tzankova/Hensler*, S. 103 f.; *Tzankova*, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 564 f. (2012); *van Hooijdonk/Eijssvoogel*, S. 105 f.

³³⁰ Vgl. MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 4 ff.; *Tzankova/Hensler*, S. 103 f.; *Tzankova*, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 565 (2012). *Stadler*, euvr 2014, 80, 86 f., berichtet von siebzehn Organisationen im Zusammenhang mit dem *DSB*-Fall.

³³¹ *Tzankova/Hensler*, S. 103 ff.; *Tzankova*, *Collective redress*, S. 129 ff.; vgl. auch *van Lith*, S. 102.

einstweilen auf eine Verschärfung der gesetzlichen Anforderungen an Vertreterorganisationen verzichtet.³³² Ob der *Claimcode* entsprechend wirkt, ist umstritten.³³³ Jedenfalls mit Blick auf die zur Debatte stehende Verbandsklage auf Schadenersatz ist der Gesetzgeber aber offenbar zur Auffassung gelangt, dass der *Claimcode* zur Regulierung der Organisationen nicht ausreicht. Vorgeschlagen wird eine deutliche Verschärfung der – detailliert im Gesetz geregelten – Anforderungen an Organisationen, die zur Erhebung einer Verbandsklage befugt wären (Art. 305a E-BW).³³⁴ Überdies könnte das Gericht bei mehreren konkurrierenden Organisationen eine davon sinngemäß zum *lead plaintiff* ernennen (Art. 1018e E-Rv).³³⁵

Umstritten ist die Repräsentativität niederländischer Stiftungen oder Vereine bei Geschädigten mit ausländischem Wohnsitz.³³⁶ Während der Gesetzgeber ursprünglich davon ausging, dass eine niederländische Vertreterorganisation für ausländische Geschädigte nicht repräsentativ sein würde, bewertete der *Gerechtshof Amsterdam* bisher in sämtlichen Fällen mit Auslandsbezug die niederländischen Stiftungen und Vereine auch für Geschädigte mit Wohnsitz im Ausland als ausreichend repräsentativ.³³⁷ Obschon diese großzügige Rechtsprechung des *Gerechtshof Amsterdam* bislang offenbar keine Probleme bereitete³³⁸, besteht in dieser Beziehung durchaus noch Klärungsbedarf, etwa mit Blick auf das Verhältnis von inländischen und ausländischen Vertreterorganisationen.³³⁹

³³² Verschärft wurde bisher ausschließlich die Regelung zur Verbandsklage (Art. 305a Abs. 2 BW), bei der die Repräsentativität des Vereins oder der Stiftung – anders als beim WCAM – bisher nicht im Besonderen vorausgesetzt wurde; vgl. MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 4 ff., 12 f.; dazu krit. *Ozmis/Tzankova*, TvCR 2012, 33, 39.

³³³ Krit. etwa *Tzankova/Hensler*, S. 104; *Bauw/Bruinen*, NJB 2013, 164 ff.; positiver *Lemstra/Okhuijsen*, TvFR 2010, 158, 162 f.

³³⁴ Vgl. VvW, TK 2016-2017, 34 608, Nr. 2, S. 1 ff.; MvT, TK 2016-2017, 34 608, Nr. 3, S. 6, 15 ff.

³³⁵ Vgl. VvW, TK 2016-2017, 34 608, Nr. 2, S. 5; MvT, TK 2016-2017, 34 608, Nr. 3, S. 6 f., 42 ff.

³³⁶ Vgl. *van Lith*, S. 97 ff.; *Mom*, S. 377.

³³⁷ Vgl. MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 15 f.; GH Amsterdam, 29.4.2009 (*Vie d'Or*), Ziff. 4.19; GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.24 f.; GH Amsterdam, 15.7.2009 (*Vedior*), Ziff. 4.20 ff.; GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 10.4; GH Amsterdam, 13.5.2014 (*DSB-II*), Ziff. 6.2.1 ff. Soweit es den Auslandsbezug überhaupt thematisierte, war für das Gericht ausschlaggebend, dass jeweils die Mehrheit der Geschädigten der Stiftung oder dem Verein entweder beigetreten waren oder ihre Unterstützung vertraglich zugesichert hatten und die Repräsentativität von niemandem bestritten wurde. Berücksichtigt wurde überdies die Transparenz der Vorgehensweise der Organisationen.

³³⁸ Siehe *van Lith*, S. 101, 103.

³³⁹ Vgl. *van Lith*, S. 102; *Stadler*, euvr 2014, 80, 87; Kommission, Empfehlung 2013, S. 64 (Nr. 18).

b) Geschädigte

aa) Festlegung und Anfechtung der Kriterien

Nicht als Parteien im formellen Sinne, wohl aber als Verfahrensbeteiligte gelten die Ersatzberechtigten. Deren Gruppe umfasst grundsätzlich alle Geschädigten des Massenschadens (oder deren gesetzliche oder vertragliche Rechtsnachfolger, Art. 7:907 Abs. 1 Satz 2 BW). Allerdings werden die Gruppenzugehörigkeitsvoraussetzungen bzw. die Definition der Ersatzberechtigten von den Antragstellern – d.h. von den Vertreterorganisationen und den Schädigern – in der Vergleichsvereinbarung autonom festgelegt (Art. 7:907 Abs. 2 lit. b und lit. e BW). Anhand der festgelegten Kriterien können bestimmte Personenkreise aus dem Gruppenvergleich ausgeschlossen werden, beispielsweise aufgrund ihres Wohnsitzes oder anderer Merkmale.³⁴⁰

Die vereinbarten Kriterien für den Ausschluss bestimmter Personengruppen können von den Betroffenen beanstandet werden.³⁴¹ Aufgrund des vertraglichen Charakters des Gruppenvergleichs ist das Gericht bei der Überprüfung der Ausschlusskriterien aber sehr zurückhaltend. Eingreifen würde der *Gerrechtshof Amsterdam* nur, wenn ein etwaiger Ausschluss bestimmter Personengruppen *onbegrijpelijk*, also offensichtlich unbegründet wäre.³⁴² Das Gericht ist nicht kompetent, die in der Vergleichsvereinbarung festgelegten Ausschlusskriterien eigenmächtig abzuändern. Es kann den Vertrag nur mit dem Einverständnis der Antragsteller abändern oder ergänzen, oder aber die Vertragsparteien auffordern, selbst Modifikationen vorzunehmen (Art. 7:907 Abs. 4 BW).³⁴³ Als *ultima ratio* kann das Gericht die Verbindlicherklärung der Vergleichsvereinbarung insgesamt ablehnen. Erklärt es den Vergleich hingegen für verbindlich, bleibt ausgeschlossenen (und dementsprechend nicht an den Gruppenvergleich gebundenen) Betroffenen zur Rechtsdurchsetzung die Individualklage.³⁴⁴

³⁴⁰ Vgl. etwa zu den Kriterien im *DES*-Verfahren GH Amsterdam, 1.6.2006 (*DES-I*), Ziff. 5.11 ff.; *Mom*, S. 352. In den Verfahren *Shell* und *Converium* wurden Geschädigte mit Wohnsitz in den USA ausgeschlossen, weil diese bereits im Zuge eines *class action settlements* nach Rule 23 FRCP entschädigt worden waren, vgl. GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.2, Ziff. 6.19 f.; GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 5.2.1; *Hensler*, *Class action*, S. 174 ff.

³⁴¹ Dazu näher 2. Teil, B.II.5.h.

³⁴² GH Amsterdam, 1.6.2006 (*DES-I*), Ziff. 5.19; GH Amsterdam, 24.6.2014 (*DES-II*), Ziff. 4.6.4; *Hermans/de Bie Leuveling Tjeenk*, Rz. 32.

³⁴³ Eine Ergänzung oder Abänderung durch das Gericht mit Zustimmung der Parteien ist erst seit der Revision von 2013 zulässig. Verzögerungen sollen so vermieden werden, vgl. *MvT*, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 16; noch zur ursprünglichen Fassung *Mom*, S. 353, m.w.H.

³⁴⁴ *Hermans/de Bie Leuveling Tjeenk*, Rz. 32 f.; *Mom*, S. 352.

bb) Ausreichende Gruppengröße

Nach Art. 7:907 Abs. 3 lit. g BW muss die Gruppe der vom Vergleich erfassten Geschädigten genügend groß sein, um eine Verbindlicherklärung zu rechtfertigen. Die Gruppengröße ist möglichst genau zu beziffern (Art. 7:907 Abs. 2 lit. c BW). Auf die Regelung einer Mindestanzahl hat der Gesetzgeber verzichtet.³⁴⁵ Das Erfordernis der ausreichenden Gruppengröße soll in Anlehnung an die *numerosity*-Regelung in Rule 23(a) FRCP³⁴⁶ einerseits sicherstellen, dass die Abwicklung der Rechtsstreitigkeit nur dann im Rahmen des WCAM-Verfahrens erfolgt, wenn sie auf diese Weise effizienter ist als parallel laufende oder allenfalls vereinigte Individualverfahren.³⁴⁷ Andererseits soll mit dieser Voraussetzung gewährleistet werden, dass bei mangelnder Liquidität bzw. drohender Insolvenz des Schädigers möglichst alle Geschädigten aus den verfügbaren Mitteln entschädigt werden.³⁴⁸

cc) Spätgeschädigte / „zukünftige Geschädigte“

Mit Blick auf die z.T. noch nicht identifizierbaren *DES*-Geschädigten hat der niederländische Gesetzgeber das Sonderproblem von Spätgeschädigten bzw. „zukünftigen Geschädigten“ in Art. 7:908 Abs. 3 BW geregelt: Demnach können Geschädigte, die zum Zeitpunkt der Verbindlicherklärung keine Kenntnis von ihrem Schaden haben konnten, nach der Kenntnisnahme ihres Schadens dem Schädiger mitteilen, ob sie an den Gruppenvergleich gebunden sein wollen oder nicht. Melden sich Spätgeschädigte beim Schädiger, kann dieser ihnen eine *opt-out*-Frist von mindestens sechs Monaten ab dem Zeitpunkt der Meldung setzen.³⁴⁹ Die Beweislast bezüglich des Zeitpunkts der Kenntnisnahme tragen die Geschädigten.³⁵⁰ Art. 7:908 Abs. 3 BW gilt auch bei finanzmarktrechtlichen Massenschäden; in diesen Fällen geht es indes wohl kaum um echte Spätschäden, sondern um Geschädigte, die aus anderen Gründen zum Zeitpunkt der Verbindlicherklärung keine Kenntnis von ihrem Schaden haben konnten.³⁵¹

Soweit bei Vertragsschluss mit „zukünftigen Geschädigten“ gerechnet werden muss, ist dies wenn nötig mithilfe von Sachverständigen (Art. 1016 Abs. 1 Rv) bei der Festsetzung der Entschädigungssumme zu berücksichtigen.³⁵² Ist

³⁴⁵ NaV, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 7, S. 22; *Mom*, S. 361.

³⁴⁶ Dazu 2. Teil, A.I.2.a.

³⁴⁷ MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 16.

³⁴⁸ NaV, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 7, S. 22; *Mom*, S. 361.

³⁴⁹ Vgl. etwa GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.36.

³⁵⁰ Nieuwenhuis et al. T&C BW-Broekema-Engelen, Art. 7:908 BW N 4.

³⁵¹ Vgl. nur GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 14.3; GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.36; vgl. auch 2. Teil, B.II.6.a.

³⁵² Vgl. auch 2. Teil, B.II.4.b.cc.

es jedoch unmöglich, die Anzahl etwaiger „zukünftiger Geschädigter“ abzuschätzen, können sie – soweit das Haftungssubstrat auch für die Zukunft gesichert ist – vom Gruppenvergleich ausgeschlossen werden.³⁵³ So wird ihr Recht gewahrt, auf dem Weg der Individualklage oder in einem späteren WCAM-Verfahren Entschädigung zu verlangen.

c) Schädiger

Partei eines WCAM-Verfahrens ist schließlich der Schädiger. Art. 7:907 Abs. 1 BW ist neutral gehalten und offen formuliert: Sowohl Mutter- als auch Tochtergesellschaften und auch deren Versicherungen können sich als Solidar- bzw. Gesamtschuldner³⁵⁴ am Gruppenvergleich beteiligen – angestrebt wird eine möglichst umfassende Abwicklung des Massenschadens.³⁵⁵

3. Vorphase des Prüfungsverfahrens

a) Sachverhaltsermittlung

Das niederländische Recht kennt keine *discovery*.³⁵⁶ Die Möglichkeiten der Parteien, die relevanten Tatsachen bereits vor dem Beginn des Verfahrens zu ermitteln, sind im Vergleich zum US-amerikanischen Modell stark eingeschränkt. Zwar kann bereits vor dem Prozess eine vorläufige Zeugenbefragung (Art. 186 ff. Rv) oder ein vorläufiges externes Gutachten (Art. 202 ff. Rv) beantragt werden.³⁵⁷ Die in der Praxis bedeutendere Pflicht zur Herausgabe von Dokumenten (Editionspflicht) aufgrund eines Parteiantrags ist indes an strenge Voraussetzungen gebunden (Art. 843a Rv).³⁵⁸

Bei Massenschäden mit Bezug zum Gesellschaftsrecht kann zur vorprozessualen Tatsachenermittlung allenfalls das Sonderprüfungsverfahren eingesetzt werden (*enquêteprocedure*, Art. 2:344 ff. BW).³⁵⁹ Eine Sonderprüfung kann etwa von Gesellschaftern oder Stiftungsmitgliedern beantragt werden, wenn Zweifel an der Geschäftsführung oder Aufsicht der juristischen Person

³⁵³ Vgl. MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 9; *Mom*, S. 359; *Fleming/Kuster*, S. 291.

³⁵⁴ Siehe Art. 7:910 Abs. 1 BW; dazu näher MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 23 f.

³⁵⁵ Vgl. *Mom*, S. 336 f.; *Fleming/Kuster*, S. 292.

³⁵⁶ *Tzankova/Lunsingh Scheurleer*, S. 150; *van Hooijdonk/Eijvoogel*, S. 30; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Asser/Groen/Vranken/Tzankova*, ZZPInt 8 (2003), 329, 353 ff.; *Croiset van Uchelen*, Massaschade, S. 110; zur *discovery* 2. Teil, A.I.6.

³⁵⁷ Vgl. dazu *Tzankova*, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 570 (2012); *van Hooijdonk/Eijvoogel*, S. 27 f., 29; *Mom*, S. 342.

³⁵⁸ Vgl. *Croiset van Uchelen*, Massaschade, S. 109; *Tzankova/Lunsingh Scheurleer*, S. 150.

³⁵⁹ Vgl. dazu ausführlich *van Hooijdonk/Eijvoogel*, S. 74 ff.; noch zur alten Rechtslage *Gernoth/Meinema*, RIW 2000, 844, 845 ff.; zum Sonderprüfungsverfahren in der Schweiz 3. Teil, B.III.1.

bestehen. Die mit der Untersuchung des Geschäftsgangs beauftragten Sachverständigen haben weitgehende Einsichts- und Auskunftsrechte, die notfalls mit Unterstützung der öffentlichen Gewalt durchgesetzt werden können (Art. 2:351, Art. 2:352 BW). Der Untersuchungsbericht wird dem Antragsteller ausgehändigt und kann Drittpersonen zur Einsicht vorgelegt werden (Art. 2:253 BW). Im Zusammenhang mit dem WCAM und der Verbandsklage wurde das Sonderprüfungsverfahren bereits erfolgreich zur Tatsachenermittlung eingesetzt.³⁶⁰

b) Beteiligung des Gerichts an den Vergleichsverhandlungen

Nach der Konzeption des WCAM erfolgen die Vergleichsverhandlungen ohne Beteiligung des *Gerechtshof Amsterdam*. Dieser wird erst durch den gemeinsamen Antrag auf Verbindlicherklärung der Vereinbarung in den Rechtsstreit involviert. Die Frage der Mitwirkung des Gerichts an den Verhandlungen war allerdings bereits bei den Arbeiten an der Erstfassung des WCAM umstritten.³⁶¹ Der Forderung nach einer Beteiligung des Gerichts wurde mit der Einführung einer vorprozessualen Anhörung im Rahmen der Revision des Gesetzes im Juli 2013 schließlich (ansatzweise) entsprochen.

c) Vorprozessuale Anhörung vor erstinstanzlichem Gericht

Nach dem neuen Art. 1018a Rv haben die Parteien die Möglichkeit, eine vorprozessuale Anhörung zu beantragen, in der sie ihre jeweiligen Standpunkte darlegen und die Möglichkeit eines Gruppenvergleichs mit der Gegenpartei und dem Richter erörtern können.³⁶² Davon erhofft man sich, insbesondere auch Parteien, die zunächst keine Verhandlungsbereitschaft zeigen, zu einer gütlichen Streitbeilegung bewegen zu können.³⁶³ Die Teilnahme am Verfahren ist verpflichtend. Derjenigen Partei, die nicht erscheint, können die Kosten auferlegt werden, die der anderen Partei durch ihr Nichterscheinen entstanden sind (Art. 1018a Abs. 3 Rv). Zuständig für die vorprozessuale Anhörung ist das erstinstanzliche Gericht am Sitz des bzw. der Antragsteller (Art. 262 Rv).³⁶⁴ Nicht zuständig ist demnach der *Gerechtshof Amsterdam*, weil dessen Unabhängigkeit bei der Überprüfung des Gruppenvergleichs gewahrt werden soll.³⁶⁵ Im Schrifttum wird kritisiert, dass in Individualverfahren die Doppelrolle des

³⁶⁰ Vgl. GH Amsterdam, 16.6.2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM8183 (*Fortis*) – unterdessen wurde in dieser Sache ein WCAM-Verfahren eingeleitet, vgl. 2. Teil, B.I.3; zum Ganzen auch *Croiset van Uchelen*, Massaschade, S. 110 ff.; *Tzankova*, JOR 2010/225.

³⁶¹ Zu dieser Diskussion näher *Mom*, S. 342 ff., m.w.H.

³⁶² MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 25 ff.; *Tzankova/Hensler*, S. 99.

³⁶³ Dazu krit. *van den Brink*, S. 152 ff.

³⁶⁴ MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 26.

³⁶⁵ MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 27.

Gerichts als „Schlichter und Richter“ allgemein akzeptiert wird und die Sachkompetenz des *Gerechtshof Amsterdam* bei der Abwicklung von Massenschäden auch bei vorprozessualen Anhörungen förderlich sein dürfte.³⁶⁶ Überdies wird vorgeschlagen, die Repräsentativität einer Stiftung im Rahmen der vorprozessualen Anhörung vom (erstinstanzlichen) Gericht verbindlich beurteilen zu lassen, da nicht nur die Organisationen selbst an einer möglichst frühen verbindlichen Aussage zur Repräsentativität interessiert seien, sondern auch Schädiger, die bei Konkurrenz mehrerer Vertreterorganisationen einen verlässlichen Verhandlungspartner wählen möchten.³⁶⁷ Der Gesetzgeber hat diesen Vorschlag bislang mit der Begründung abgelehnt, dass das Gericht im Rahmen der Anhörung keine inhaltlichen Entscheidungen treffen, sondern ausschließlich eine vermittelnde und beratende Rolle übernehmen solle.³⁶⁸

d) Vorlageverfahren beim *Hoge Raad*

Bereits ein Jahr vor der Einführung der vorprozessualen Anhörung wurde im Juli 2012 mit dem Erlass von Art. 392–394 Rv ein neues Vorlageverfahren beim *Hoge Raad* geschaffen. Auch dieses Verfahren soll die Verhandlungsbereitschaft der Parteien fördern, indem es die zügige Klärung wichtiger Rechtsfragen ermöglicht.³⁶⁹ Bis zum Inkrafttreten dieser Regelung konnten richtungsweisende höchstrichterliche Entscheide mit (bestenfalls) „faktischer Präjudizwirkung“ bereits mit der Verbandsklage erstritten werden, freilich oft nur über den zeit- und kostenintensiven Weg des gesamten Instanzenzuges.³⁷⁰ Die Idee eines Vorabscheidungsverfahrens fand deshalb im Schrifttum rasch Unterstützung.³⁷¹

Ein Vorlageverfahren setzt voraus, dass es um Forderungen aus einem Massenschaden geht oder die aufgeworfenen Fragen in zahlreichen Verfahren mit ähnlichem Streitgegenstand relevant sind (Art. 392 Abs. 1 lit. a und lit. b Rv).³⁷² Die Einleitung des Verfahrens erfolgt auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen durch erst- oder auch zweitinstanzliche Gerichte (Art. 392

³⁶⁶ *Ozmis/Tzankova*, TvCR 2012, 33, 35.

³⁶⁷ Vgl. *van Lith*, S. 103, 158 f.; dazu eingehend *Ozmis/Tzankova*, TvCR 2012, 33, 36 f.; vgl. auch 2. Teil, B.II.2.a.bb.

³⁶⁸ MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 4; vgl. aber zum Revisionsentwurf zur Verbandsklage 2. Teil, B.II.2.a.bb.

³⁶⁹ Vgl. MvT, TK 2010-2011, 32 612, Nr. 3, S. 1 ff.; *Stolp/de Groot*, MvV 2012, 165 ff.; *van der Grinten*, Perspective, S. 287 f.; *Numann*, S. 105 ff.

³⁷⁰ Vgl. dazu MvT, TK 2010-2011, 32 612, Nr. 3, S. 6; *Mom*, S. 280 ff., 341 f.; *Weber/van Boom*, S. 72; *Hondius/Mom*, S. 171; vgl. dazu auch bereits 2. Teil, B.I.1.

³⁷¹ Vgl. *Commissie normstellende rol Hoge Raad*, Rapport „*Versterking van de cassatierrechtspraak*“ v. 27.3.2008; *van den Reek/de Waal*, Trema 2009, 275, 281; *Numann*, S. 105 ff.; *de Jong*, Ondernemingsrecht 2009, 455 f.

³⁷² Unter die zweite Kategorie soll auch die Auslegung neuer Gesetzesbestimmungen fallen, vgl. MvT, TK 2010-2011, 32 612, Nr. 3, S. 1.

Abs. 1 Rv). Ein Vorlageverfahren soll grundsätzlich *vor* der Beantragung eines WCAM-Verfahrens durchgeführt werden. Ist ein WCAM-Verfahren bereits anhängig, besteht in der Regel kein Bedürfnis mehr nach einem Vorlageverfahren, da sich die Parteien bereits geeinigt haben. Um den Gruppenvergleich, der von der materiellrechtlich „richtigen“ Lösung abweichen kann, nicht zu gefährden, bleibt dem *Gerechtshof Amsterdam* bzw. den Parteien während eines bereits hängigen WCAM-Verfahrens die Möglichkeit einer Vorlagefrage an den *Hoge Raad* nach Art. 392 Abs. 1 Rv explizit verwehrt.³⁷³

Das Gericht wird unterstützt durch Schlussanträge des Generalanwalts (Art. 393 Abs. 6 Rv). Die Antwort des *Hoge Raad* ist für das ersuchende Gericht grundsätzlich verbindlich. Es kann jedoch davon abweichen, wenn konkrete Umstände des Einzelfalls dies rechtfertigen (Art. 394 Abs. 1 Rv).³⁷⁴ Mit gleichgelagerten Fällen befasste Gerichte sind im Prinzip nicht an die Antwort gebunden – freilich ist es gerade die *ratio* des Vorlageverfahrens, bestimmte Rechtsfragen zu klären, die eine Vielzahl von gleichgelagerten Fällen betreffen. Art. 392 Abs. 6 Rv sieht deshalb vor, dass gleichgelagerte rechtshängige Verfahren auf Antrag oder von Amtes wegen ausgesetzt werden können, um die Antwort des *Hoge Raad* abzuwarten.³⁷⁵

Seit der Einführung im Juli 2012 sind mehr als 30 Vorlageverfahren zu unterschiedlichsten Rechtsbereichen initiiert worden, wovon mindestens drei Verfahren Bezüge zu Massenschäden hatten.³⁷⁶ Eine im Juni 2016 publizierte Evaluierung attestiert dem Vorlageverfahren einen „uneingeschränkten Erfolg“, auch wenn es mit Blick auf Massenschäden bisher nur selten zur Anwendung gekommen ist.³⁷⁷

4. Vergleichsvertrag

a) Regelung zum Feststellungsvertrag als Ausgangspunkt

Das niederländische Pendant der Vergleichsvereinbarung ist der im *Burgerlijk Wetboek* geregelte sog. Feststellungsvertrag (*vaststellingsovereenkomst*, Art. 7:900–906 BW).³⁷⁸ Eine vor Gericht erzielte bzw. gerichtlich protokollierte Einigung (*schikking*) schafft grundsätzlich einen Vollstreckungstitel

³⁷³ Dazu *Ozmis/Tzankova*, TvCR 2012, 33, 37 f.

³⁷⁴ MvT, TK 2010–2011, 32 612, Nr. 3, S. 21 f.

³⁷⁵ Vgl. MvT, TK 2010–2011, 32 612, Nr. 3, S. 15; *Stolp/de Groot*, MvV 2012, 165, 167.

³⁷⁶ Vgl. HR, 28.3.2014, ECLI:NL:HR:2014:766 (zur Verjährungsunterbrechung durch Verbandsklage); HR, 1.5.2015, ECLI:NL:HR:2015:1198 (über Individualverfahren ausgetretener Gruppenmitglieder des *Dexia*-Verfahrens); HR, 9.10.2015, ECLI:NL:HR:2015:3018 (ebenfalls zum *Dexia*-Fall); vgl. auch *Giesen et al.*, S. 40.

³⁷⁷ Vgl. *Giesen et al.*, S. 32, 51 f., 111, 161.

³⁷⁸ Vgl. für eine dt. Übersetzung *Nieper/Westerdijk*, S. 210 ff.

(Art. 87 Abs. 1 und Abs. 3 i.V.m. Art. 430 Abs. 1 Rv).³⁷⁹

Mit Ausnahme bestimmter Anfechtungstatbestände gelten im Anwendungsbereich des WCAM die allgemeinen Regelungen zum Feststellungsvertrag auch für einen Gruppenvergleich (Art. 7:908 Abs. 1 und Abs. 5 BW).³⁸⁰ Abgesehen von den nachfolgend erläuterten Mindestvoraussetzungen können die Parteien den Inhalt des Gruppenvergleichs im Rahmen der Vertragsfreiheit autonom festlegen. In der Regel bilden zwei Versprechungen den Kern der Vereinbarung: Der Verpflichtung des Schädigers zur Bezahlung eines bestimmten Geldbetrages an die Geschädigten steht in der Regel der Verzicht der Geschädigten auf sämtliche darüber hinausgehenden Ansprüche aus dem Massenschadensereignis gegenüber.

b) Anforderungen an die Vergleichsvereinbarung

aa) Modalitäten des Abwicklungsverfahrens

Nach Art. 7:907 Abs. 2 und Abs. 3 BW sind im Vergleichsvertrag sämtliche Phasen des Abwicklungsverfahrens im Einzelnen zu regeln. Festzulegen sind zunächst die Voraussetzungen für einen Entschädigungsanspruch, die sich aus der Definition der Geschädigten³⁸¹ und aus der Regelung der Entschädigungsbemessung ergeben (Art. 7:907 Abs. 2 lit. b, lit. d, lit. e und lit. f BW). Die Zuweisung der Entschädigungen kann, muss aber nicht durch Einteilung in Schadensklassen erfolgen (z.T. als *damage scheduling* bezeichnet).³⁸² Die Vorgehensweise bei der Verteilung der Mittel ist in einem Verteilungsplan zu regeln.³⁸³ Überdies ist sicherzustellen, dass die Ansprüche der Geschädigten auch tatsächlich erfüllt werden können (Art. 7:907 Abs. 3 lit. c BW). In der Praxis werden die Schadenersatzbemessung und die Verteilung in der Regel einem spezialisierten Dienstleister übertragen.³⁸⁴ Weil die Zuweisung und Verteilung der Entschädigungen ein gewisses Konfliktpotential birgt, ist die Bezeichnung

³⁷⁹ van Mierlo/van Nispen T&C Rv-van de Hel-Koedoot, Art. 87 N 4; vgl. auch *Frische*, S. 77.

³⁸⁰ Vgl. zum Ausschluss der Anfechtungstatbestände 2. Teil, B.II.5.j.

³⁸¹ Dazu bereits 2. Teil, B.II.2.b.aa.

³⁸² Siehe MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 11 f.; *Tzankova/Lunsingh Scheurleer*, S. 153 f.; *Arons*, Enforcement, S. 251; *Fleming/Kuster*, S. 293. Der Begriff des *damage scheduling* wird in den USA teilweise im Zusammenhang mit *mass torts*, d.h. mit massenhaften Personenschäden verwendet, vgl. *Abraham*, 51 Md. L. Rev. 172, 188 (1992); *Campopos*, 65 Vand. L. Rev. 1059, 1106 (2012); vgl. zur Berechnung der Entschädigungen 2. Teil, A.II.8.

³⁸³ Vgl. nur GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 5.2.5.

³⁸⁴ Da der Dienstleister seine Tätigkeit bloß im Auftrag und im Namen der Organisation ausführt, steht eine solche Delegation der Abwicklung im Einklang mit der Voraussetzung in Art. 7:907 Abs. 3 lit. h BW, wonach nur eine Vertragspartei des Gruppenvergleichs die Entschädigungen ausbezahlen darf, vgl. GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.7, 6.28; GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 8, 12.

einer unabhängigen Schlichtungsstelle seit der Reform eine zwingende Voraussetzung für die Genehmigung (Art. 7:907 Abs. 3 lit. d BW).³⁸⁵

bb) Angemessenheit der Entschädigungssumme

Nach Art. 7:907 Abs. 3 lit. b BW muss die vereinbarte Entschädigungssumme angemessen sein.³⁸⁶ Das Gericht überprüft die Angemessenheit der für die einzelnen Schadenskategorien festgelegten Entschädigungen und der gesamten Entschädigungssumme, nicht aber die Höhe der individuellen Entschädigungen, die ja möglicherweise erst bei der Verteilung genau festgestellt werden kann.³⁸⁷ Den Vertragsparteien steht es frei, eine Härtefallklausel in den Vergleichsvertrag aufzunehmen, sie sind dazu aber nicht verpflichtet.³⁸⁸

Der Begriff der Angemessenheit wird in Art. 7:907 Abs. 3 lit. b BW anhand einiger nicht abschließend geregelter Kriterien konkretisiert.³⁸⁹ Nach der Rechtsprechung sind sämtliche relevanten Umstände zu berücksichtigen, und zwar auch solche, die während den Vertragsverhandlungen oder selbst nach Vertragsschluss eingetreten sind.³⁹⁰ Dazu zählen auch relevante Gerichtsentseide.³⁹¹ Namentlich zu berücksichtigen sind:

(1) Schadensumfang und Ursachen des Massenschadens

Neben dem Umfang des Schadens sind mit Blick auf die Schadensursachen etwa ein mögliches Selbstverschulden der Geschädigten sowie weitere Schadensursachen im Sinne der kumulativen Kausalität zu beachten, soweit diese in pauschalisierter Form feststellbar sind.³⁹²

³⁸⁵ Als Schlichter können unabhängige Rechtsanwälte, Mediatoren oder auch Schiedsgerichte wirken. Möglich ist indes auch eine Klage des Geschädigten gegen die Organisation im ordentlichen Zivilprozess, vgl. MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 13 ff. Bereits vor der Reform wurden freiwillig unabhängige Schlichtungsstellen eingerichtet, vgl. GH Amsterdam, 29.4.2009 (*Vie d'Or*), Ziff. 4.18; GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.31 f.; GH Amsterdam, 15.7.2009 (*Vedior*), Ziff. 4.18.

³⁸⁶ Vgl. dazu MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 9; *Los*, S. 24 ff.; *Croiset van Uchelen*, Litigation, S. 142 f.; *Klaassen*, *Ars Aequi* 2013, 627, 632 ff.; *Mom*, S. 354 ff.

³⁸⁷ *van Bochove/van Doorn*, TvC 2007, 13, 20 f.; vgl. auch GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 6.3; dazu krit. *de Jong*, JOR 2012/51; *van Yperen*, V&O 2012, 11, 13.

³⁸⁸ GH Amsterdam, 1.6.2006 (*DES-I*), Ziff. 5.23; *Krans*, NJB 2007, 2598, 2603 f.; *Mom*, S. 351.

³⁸⁹ MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 12 f.

³⁹⁰ GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 6.2.

³⁹¹ Vgl. dazu GH Amsterdam, 13.5.2014 (*DSB-II*), Ziff. 7.4.1 ff. (Der *Gerechtshof Amsterdam* bemängelt am Vergleichsvertrag, dass eine ca. drei Monate vor Einreichung des Antrags ergangene Entscheidung des *Hoge Raad* nicht berücksichtigt wurde); dazu *Tzankova*, JOR 2015/10.

³⁹² MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 12 f.; vgl. dazu GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 6.10: Das Gericht hält fest, es wäre zu erwarten gewesen, dass sich

(2) Mögliche Effizienzgewinne

Relevant sind überdies mögliche Effizienzgewinne bei der Schadensabwicklung durch den Gruppenvergleich, insbesondere geringere Prozesskosten.³⁹³ Bedeutende Effizienzgewinne ergeben sich erst ab einer gewissen Gruppengröße; relevant ist deshalb auch die Anzahl der am Gruppenvergleich beteiligten Geschädigten.³⁹⁴

(3) Ungewissheit über die Rechtsverhältnisse und prozessuale Handlungsmöglichkeiten

Zu berücksichtigen sind auch der Grad der Ungewissheit über die Rechtsverhältnisse und die prozessualen Handlungsmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten.³⁹⁵ Das Verhandlungsergebnis wird wesentlich davon geprägt sein, ob bereits Zivilurteile erstritten wurden oder aber keinerlei oder nur widersprüchliche³⁹⁶ Erkenntnisse zur materiellen Rechtslage bestehen. Wenngleich sich das Gericht zur Begründetheit der Ansprüche nicht äußert, wird es die zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse bei der Beurteilung der Angemessenheit des Vergleichs dennoch berücksichtigen. Diese ohnehin anspruchsvolle Einschätzung wird bei grenzüberschreitenden Fällen noch erschwert, da zunächst geklärt werden müsste, welches Recht auf jeden einzelnen Anspruch anwendbar wäre.³⁹⁷ Der Gesetzgeber hat es entgegen einer entsprechenden Empfehlung abgelehnt, die Berücksichtigung des anwendbaren Rechts explizit im Gesetz vorzuschreiben, da er sie für selbstverständlich hielt.³⁹⁸ Die Lehre befürwortet mehrheitlich eine Berücksichtigung des jeweils anwendbaren Rechts.³⁹⁹ Mit Blick auf die praktische Bewältigung dieser Aufgabe wird vorgeschlagen, den

die Anleger über die Verpflichtungen und Risiken der Verträge – insbesondere über den Umstand, dass die Investition in Wertpapiere mit geliehenem Geld erfolgen sollte – vor Vertragsschluss ausreichend informieren.

³⁹³ Vgl. etwa GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.17; GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 6.4.4.

³⁹⁴ Siehe dazu GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.2, Ziff. 6.19 f.; dazu auch 2. Teil, B.II.2.b.bb.

³⁹⁵ Siehe MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 12; GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 6.12; GH Amsterdam, 15.7.2009 (*Vedior*), Ziff. 4.15 f.; GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.17.

³⁹⁶ Vgl. GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 6.12.

³⁹⁷ Stadler, *Conflicts*, S. 198. Diese Problematik ist zu unterscheiden von der Frage nach dem auf den Vergleichsvertrag anwendbaren Recht, vgl. dazu 2. Teil, B.II.5.d.

³⁹⁸ Vgl. MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 4; vgl. zur Empfehlung *van Lith*, S. 159.

³⁹⁹ Polak, NJB 2006, 2346, 2353; *van Lith*, S. 141 ff.; Stadler, *Conflicts*, S. 195 ff., 198; Kramer, 27 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. 235, 275 f. (2014); *Hermans/de Bie Leuveling Tjeenk*, Rz. 36 f.; *Los*, S. 31; a.A. (bei Binnensachverhalten) Rutten, TvI 2014/38.

Parteien die Zusammenstellung der erforderlichen Informationen zu überantworten.⁴⁰⁰ Den Entscheidungen des *Gerechtshof Amsterdam* lässt sich bisher nicht entnehmen, ob und in welchem Ausmaß ausländisches materielles Recht berücksichtigt wurde. Explizit Bezug genommen hat das Gericht hingegen auf die (globalen) prozessualen Handlungsmöglichkeiten der Geschädigten. In der *Converium*-Entscheidung wurde etwa der Ausschluss von Aktionären aus einer US-amerikanischen *securities class action* bei der Beurteilung der Angemessenheit der Entschädigung des Gruppenvergleichs berücksichtigt.⁴⁰¹

(4) Stellungnahmen der Gruppenmitglieder

Von großer Relevanz sind zudem zustimmende oder ablehnende Stellungnahmen der Gruppenmitglieder.⁴⁰² In diesem Zusammenhang wurde angeregt, eine über die Möglichkeit zur förmlichen Stellungnahme (Art. 1013 Abs. 5 Rv)⁴⁰³ hinausgehende Form der gerichtlichen Konsultation einzuführen, die sowohl

⁴⁰⁰ Vgl. *van Lith*, S. 146, 148, 159; *Hermans/de Bie Leuveling Tjeenk*, Rz. 37, u.a. mit Hinweis auf das Europäische Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht vom 7. Juni 1968 (SR 0.274.161).

⁴⁰¹ Vgl. zum Ausschluss ausländischer Aktionäre aus der *securities class action* in den USA: *In re SCOR Holding (Switzerland) AG Litigation*, 04 Civ. 7897 (DLC), Opinion and Order, March 6, 2008, pp. 2, 7 ff.; GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 5.2.1. Den am niederländischen *Converium*-Vergleich beteiligten Aktionären stand eine wesentlich geringere Entschädigungssumme als den US-amerikanischen Aktionären zur Verfügung, vgl. GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 5.2.1 ff., Ziff. 6.4.1 ff. Begründet wurde dies von den Antragstellern damit, dass den ausländischen Aktionären sowohl innerhalb, als auch außerhalb der USA keine effektiven prozessualen Mittel zur Verfügung standen, um ihre Ansprüche geltend zu machen. Der *Gerechtshof Amsterdam* wies den Einwand der Unangemessenheit der Entschädigungssumme mit der Begründung zurück, dass die Angaben der Antragsteller zu den negativen Prozessaussichten plausibel und die vorgebrachten Einwände ungenügend substantiiert seien; auch könnten die Aktionäre ihr Recht zum *opt-out* wahrnehmen und ihren Anspruch klageweise geltend machen, wobei jedoch davon auszugehen sei, dass dies in den meisten Fällen nicht geschehe und die Aktionäre somit keinerlei Entschädigung erhielten, wenn die Verträge nicht für verbindlich erklärt würden, vgl. GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 6.4.1 ff.; dazu krit. *Stadler*, FS Stürner (2013), S. 1815; *van Yperen*, V&O 2012, 11, 13 f.; *Arons*, Ondernemingsrecht 2012, 177, 178 f. Auch im *Shell*-Verfahren wurden ausländische Aktionäre aus einer *securities class action* ausgeschlossen, allerdings wurden die am niederländischen *Shell*-Verfahren beteiligten Aktionäre aufgrund entsprechender Vereinbarungen dem Verhältnis nach in demselben Umfang entschädigt wie die US-amerikanischen Aktionäre, vgl. *In re Royal Dutch/Shell Transport Securities Litigation*, Civ. No. 04-374 (JAP), Opinion and Order, November 13, 2007; GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 3.8 ff.

⁴⁰² Vgl. GH Amsterdam, 29.4.2009 (*Vie d'Or*), Ziff. 4.16; GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.15, Ziff. 6.20; GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 6.2; *Croiset van Uchelen*, Litigation, S. 142; *Mom*, S. 354.

⁴⁰³ Dazu 2. Teil, B.II.5.h.

unmittelbar als auch mittelbar Betroffene einbeziehen soll.⁴⁰⁴ In der Praxis beschränken sich informelle Konsultationen bisher auf die Geschädigten und werden von den Antragstellern durchgeführt.

(5) *Expertengutachten*

Das Gericht kann überdies Drittmeinungen von Gutachtern einholen (Art. 1016 Abs. 1 Rv), etwa wenn komplexe Berechnungen der für die einzelnen Schadenskategorien festgelegten Entschädigungen oder auch besondere medizinische oder technische Kenntnisse erforderlich sind.⁴⁰⁵

(6) *Regelung der Anwaltskosten*

Von Belang ist ferner die Regelung der Anwaltskosten. Anders als in Rule 23 FRCP⁴⁰⁶ findet sich im WCAM indes keine ausdrückliche Regelung zur Überprüfung der Anwaltshonorare. Der niederländische Gesetzgeber ging ursprünglich davon aus, dass die Anwaltskosten ausschließlich von den Vertragsparteien – d.h. von den Vertreterorganisationen und den Schädigern – getragen und nicht aus der Entschädigungssumme entrichtet werden.⁴⁰⁷ Entgegen den insoweit eindeutigen Materialien erklärte der *Gerechtshof Amsterdam* im *Converium*-Verfahren eine Vereinbarung, die die Tilgung der Anwaltskosten aus dem Entschädigungsfonds vorsah, gleichwohl für zulässig, überprüfte aber deren Angemessenheit im Rahmen von Art. 7:907 Abs. 3 lit. b BW.⁴⁰⁸ Aufgrund der ursprünglich in den USA gegen *Converium* erhobenen *class action* und der offenbar auch für den niederländischen Gruppenvergleich überwiegend von denselben US-amerikanischen Anwaltskanzleien ausgeführten Vorbereitungsarbeiten orientierte sich der *Gerechtshof Amsterdam* an den von US-Gerichten bei *class actions* üblicherweise genehmigten Vergütungen und ak-

⁴⁰⁴ Los, S. 26 f.

⁴⁰⁵ MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 9; vgl. dazu GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 1; Mom, S. 353 f.; vgl. auch GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 6.4.2, wo das Gericht die Forderung einzelner Geschädigter, es sei ein Expertengutachten einzuholen, zurückwies.

⁴⁰⁶ Vgl. 2. Teil, A.II.9.a.

⁴⁰⁷ NaV, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 7, S. 2; Mom, S. 375.

⁴⁰⁸ GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 6.5.1 ff.

zeptierte eine Honorarvereinbarung in der Höhe von 20 Prozent der Entschädigungssumme.⁴⁰⁹ Im Schrifttum wurde insbesondere kritisiert, dass das Gericht nicht amerikanische, sondern niederländische Vergütungsstandards hätte anwenden müssen.⁴¹⁰

cc) Gewährleistung der Interessen der Geschädigten

Nach Art. 7:907 Abs. 3 lit. e BW schließlich hat das Gericht den Antrag auf Verbindlicherklärung abzuweisen, wenn die Interessen der Ersatzberechtigten nicht genügend gewährleistet sind. Die Norm dient offensichtlich als Auffangtatbestand.⁴¹¹ Den Interessen der Ersatzberechtigten entgegenstehen können beispielsweise zu strenge Anforderungen an den zu erbringenden Nachweis der individuellen Schädigung oder eine ungerechtfertigte Bevorzugung bestimmter Gruppen gegenüber anderen Gruppen von Geschädigten⁴¹², etwa zukünftigen Geschädigten.⁴¹³

c) Rechtliche und faktische Grenzen der Überprüfung

Gegenwärtig noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, in welchem Umfang das Gericht die Vergleichsvereinbarung überprüfen muss und darf (*volle-dige* oder *marginale toetsing*).⁴¹⁴ Dem *Gerechtshof Amsterdam* wurde im Schrifttum wiederholt zum Vorwurf gemacht, er hätte die Vergleichsvorschläge nur ungenügend überprüft.⁴¹⁵ Dieser Kritik liegt die Annahme zu-

⁴⁰⁹ Das Gericht berücksichtigte dabei auch eine von den Antragstellern eingereichte Studie (vgl. dazu *Eisenberg/Miller*, 7 JELS 248 [2010]), sowie eine ebenfalls eingereichte *lost-daster calculation*, vgl. GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 6.5.4 ff.

⁴¹⁰ *de Jong*, JOR 2012/51; so auch *van Yperen*, V&O 2012, 11, 14; *Arons*, Ondernemingsrecht 2012, 177, 178 f.

⁴¹¹ Vgl. MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 14; *Mom*, S. 358.

⁴¹² Vgl. GH Amsterdam, 1.6.2006 (*DES-I*), Ziff. 5.11; GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 7.13; GH Amsterdam, 13.5.2014 (*DSB-II*), Ziff. 6.6.2, 7.4.1 ff.

⁴¹³ Vgl. MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 14; *Mom*, S. 358. Der *Gerechtshof Amsterdam* prüfte Art. 7:907 Abs. 3 lit. e BW indes nicht nur in negativer Hinsicht: So wertete er als Anhaltspunkt dafür, dass die Vereinbarung im Interesse der Ersatzberechtigten liege, die Einrichtung einer unabhängigen Schlichtungsstelle für Streitigkeiten aus dem Gruppenvergleich (dazu 2. Teil, B.II.7.a) oder die Übernahme sämtlicher Verfahrenskosten durch den Schädiger, vgl. GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.32; GH Amsterdam, 15.7.2009 (*Vedior*), Ziff. 4.18.

⁴¹⁴ Dazu (wohl) erstmals *Croiset van Uchelen*, Litigation, S. 142.

⁴¹⁵ Vgl. *van Bochove/van Doorn*, TvC 2007, 13, 21 f.; *van Doorn*, AV&S 2007, 105, 109, 114; *de Jong*, Ondernemingsrecht 2009, 465, 471 f.; *ders.*, JOR 2012/51; *van Yperen*, V&O 2012, 11, 13 f.; *Arons*, Ondernemingsrecht 2012, 177, 178 f.; a.A. (jedenfalls mit Blick auf das *Dexia*-Verfahren) *Frenk*, AV&S 2007, 214, 222; *Croiset van Uchelen*, AV&S 2007, 222, 223 f.; *Nieuwenhuis et al.* T&C BW-Broekema-Engelen, Art. 7:907 BW N 5.

grunde, dass (primär, wenn auch nicht ausschließlich) zum Schutz der Interessen der Geschädigten eine weitreichende gerichtliche Überprüfung der Vergleichsvereinbarung erforderlich ist. Das Gericht dürfe sich nicht damit begnügen, die gegebenenfalls vorgebrachten Einwände gegen die Vergleichsvereinbarung zu prüfen, sondern müsse im Rahmen des Verfahrens proaktiv sämtliche Aspekte thematisieren, die mit Blick auf die Verbindlicherklärung des Vergleichs problematisch sein könnten.⁴¹⁶

Von anderer Seite wird hingegen vor einer zu starken Einmischung des Gerichts sowohl in der Vorphase als auch während des eigentlichen Verfahrens gewarnt, weil sie dessen Stellung als unparteiischer Dritter des Verfahrens und die Verhandlungsbereitschaft der Schädiger gefährde.⁴¹⁷ Gerichtliche Eingriffe in das Verhandlungsergebnis werden zudem mit Hinweis auf die Privatautonomie der Parteien kritisiert – besonders deutlich wurde diese Kritik zuletzt im Zusammenhang mit dem DSB-Verfahren formuliert, als der *Gerechtshof Amsterdam* erstmals die Verbindlicherklärung wegen Zweifeln an der Angemessenheit des Gruppenvergleichs vorläufig verweigert und die Vertragsparteien gestützt auf Art. 7:907 Abs. 4 BW aufgefordert hatte, gewisse Modifikationen vorzunehmen.⁴¹⁸

Bei dieser Grundsatzdebatte spielen weder der Gesetzestext noch die Materialien eine entscheidende Rolle: So herrscht Einigkeit darüber, dass der Wortlaut von Art. 7:907 Abs. 3 BW keine Anhaltspunkte für das Ausmaß der gerichtlichen Überprüfung bietet.⁴¹⁹ Den Materialien lässt sich nur – aber immerhin – entnehmen, dass das Gericht bei der Überprüfung der Gruppenvergleiche

⁴¹⁶ Vgl. etwa *van Doorn*, AV&S 2007, 105, 109, 114; *van Bochove/van Doorn*, TvC 2007, 13, 21 f.; *Tzankova*, AV&S 2007, 277, 280; *Klaassen*, *Ars Aequi* 2013, 627, 633; *Biard/Visscher*, AV&S 2014, 39, 46 f.; vgl. zum Ganzen auch *Tzankova*, JOR 2015/10; *van Rhee/Tzankova*, S. 217; *van den Brink*, S. 155; *Kok/Sinnighe Damsté*, TOP 2011, 28, 34.

⁴¹⁷ Vgl. *Frenk*, AV&S 2007, 214, 222; *Giesen*, NJB 2007, 2613 f.; vgl. dazu auch *van den Brink*, S. 152 ff. Eine stärkere gerichtliche Beteiligung wurde allerdings im Rahmen der Reform im Jahr 2013 mit der Einführung der vorprozessualen Anhörung der Parteien bereits realisiert, vgl. 2. Teil, B.II.3.c.

⁴¹⁸ Vgl. GH Amsterdam, 13.5.2014 (*DSB-II*), Ziff. 8.1; *Insolvency Report* no. 22, DSB Bank N.V., 31 July 2014, Ziff. 5.2: „The court did, however, go on to say that it found the compensation offered under the present WCAM agreement not always to be reasonable, or at least that it still had a number of questions. The applicants are *unable to accept this criticism* and, in a letter dated 13 June 2014, turned to the Court in an effort to expedite the swift further settlement of the WCAM application – if necessary taking the case to the Supreme Court. The court responded constructively in a letter dated 26 June 2014.“ (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. zur Kritik im Schrifttum *Claessens/Warmerdam*, FIP 2014, 254, 255 f.; *Rutten*, TvI 2014/38; *van der Velden/Raaijmakers*, TOP 2014(5), 381; vgl. zum Ganzen auch *Tzankova*, JOR 2015/10; *Nieuwenhuis et al. T&C BW-Broekema-Engelen*, Art. 7:907 BW N 6.

⁴¹⁹ Vgl. Art. 7:907 Abs. 3 BW: „Der Richter weist den Antrag ab, falls [...]“; *Croiset van Uchelen*, *Litigation*, S. 142; *van Bochove/van Doorn*, TvC 2007, 13, 21 (dort Fn. 44); *Los*, S. 25; vgl. dazu auch *MvT*, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 10.

eine „aktive Rolle“ übernehmen soll.⁴²⁰ Genauere Angaben zu den Intentionen des Gesetzgebers existieren nicht.⁴²¹ Der *Gerechtshof Amsterdam* hat sich bisher nicht ausdrücklich zu diesem Streitpunkt geäußert, aber immerhin betont, dass er auch Aspekte überprüfe, gegen die keine Einwände erhoben wurden, auch wenn dies nicht immer aus den Entscheidungen ersichtlich sei.⁴²²

Abgesehen von der Frage nach den rechtlichen Grenzen der Überprüfungsbefugnis wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass der gerichtliche Überprüfungsakt ohnehin faktisch eingeschränkt wird durch die Schwierigkeit, Informationen über den Sachverhalt und die zahlreichen Einzelheiten der Vergleichsvereinbarung zu beschaffen und zu verifizieren.⁴²³ Bei der Klärung von offenen Fragen ist das Gericht maßgeblich auf die Mitwirkung aller Beteiligten angewiesen und kann die ihm zugetragenen Informationen insbesondere in Fällen mit Auslandsbezug nur in begrenztem Ausmaß verifizieren.⁴²⁴

5. Prüfungsverfahren vor Gericht

a) Antrag

Das Verfahren zur Verbindlicherklärung eines Gruppenvergleichs wird durch Antrag eingeleitet (Art. 1013 Abs. 1 Rv i.V.m. Art. 7:907 Abs. 1 BW). Das niederländische Antragsverfahren (*verzoekschriftprocedure*, Art. 261 ff. Rv⁴²⁵) ist mit dem summarischen Verfahren nach Art. 248 ff. ZPO vergleichbar. Die Regelungen des Antragsverfahrens finden Anwendung, soweit sie nicht durch Bestimmungen des WCAM derogiert werden.⁴²⁶ Die Parteien können den Antrag auf Verbindlicherklärung des Vergleichs nur gemeinsam stellen (Art. 7:907 Abs. 1 BW). Der Antrag muss den formellen Voraussetzungen des revidierten Art. 1013 Rv entsprechen: Kodifiziert wurde etwa die Rechtsprechung, wonach es genügt, die Kontaktdaten der (bekannten) Geschädigten

⁴²⁰ Vgl. MvA, EK 2004-2005, 29 414, lit. C, S. 6.

⁴²¹ Tzankova, JOR 2015/10.

⁴²² GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 4.7; vgl. aber den Diskussionsbeitrag von W.J.J. Los, des (damaligen) Vizepräsidenten des *Gerechtshof Amsterdam*: Das Gericht führe zu Recht eine eingeschränkte Überprüfung durch, u.a. auch weil die Repräsentanten für die Angemessenheit der Vereinbarung mitverantwortlich sind (Los, S. 24 ff.; teilweise a.A. Klaassen, *Ars Aequi* 2013, 627, 633).

⁴²³ Los, S. 26 f.; vgl. dazu auch van den Brink, S. 154 f.

⁴²⁴ Los, S. 26 f.; Klaassen, *Ars Aequi* 2013, 627, 633. Tatsächlich scheint nicht ausgeschlossen, dass dem Gericht Informationen vorenthalten werden: Mit Blick auf das *Vedior*-Verfahren wird spekuliert, dass der *Gerechtshof Amsterdam* über eine dem Schädiger kurz vor der Verbindlicherklärung des Vergleichs von der niederländischen Finanzmarktbehörde auferlegten Buße nicht informiert war, vgl. *Pijls*, JOR 2009/325; van den Brink, S. 149, 154 f.

⁴²⁵ Dazu etwa *Snijders*, S. 258 f.; van Hooijdonk/Eijssvoogel, S. 70 ff.; Asser/Groen/Vranken/Tzankova, *ZZPInt* 8 (2003), 329, 337.

⁴²⁶ MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 25 f.; *Mom*, S. 344.

als (digitalen) Anhang einzureichen. Nach dem Wortlaut der Erstfassung von Art. 1013 Abs. 1 lit. c Rv waren diese Angaben noch auf dem in physischer Form einzureichenden Antragsschriftsatz aufzuführen, was bei mehreren (hundert-)tausend Betroffenen zu entsprechend umfangreichen Schriftsätzen und einem enormen Verarbeitungsaufwand führte.⁴²⁷

b) Nationale und internationale Zuständigkeit

Nach Art. 1013 Abs. 3 Rv ist der *Gerechtshof Amsterdam* für die Beurteilung von Anträgen nach dem WCAM ausschließlich zuständig. Als Gericht zweiter Instanz⁴²⁸, bei dem als Sonderzuständigkeit die Handels- bzw. Unternehmenskammer (*ondernemingskamer*) angesiedelt ist⁴²⁹, kann der *Gerechtshof* in WCAM-Verfahren das bereits vorhandene Fachwissen ausschöpfen, soweit es sich um wirtschaftsrechtliche Fälle handelt. Überdies sorgt Art. 1013 Abs. 3 Rv für eine landesweite Konzentration der Sachkompetenz mit Blick auf die Bereinigung von Massenschäden.⁴³⁰

Soweit der zu bewältigende Massenschaden einen internationalen Bezug aufweist, stellt sich die Frage nach der internationalen Zuständigkeit des *Gerechtshof Amsterdam*. Das Gericht bejahte seine internationale Zuständigkeit bisher in sämtlichen Verfahren mit Auslandsbezug, soweit es sie überhaupt prüfte.⁴³¹ Bei Anwendbarkeit der EuGVVO bzw. des Lugano-Übereinkommens qualifizierte das Gericht die Gruppe der Geschädigten als Antragsgegner bzw. Beklagte i.S.v. Art. 2 aEuGVVO, da der Antrag von den Organisationen und dem Schädiger gemeinsam eingereicht wurde und insofern der Schädiger nicht als „Beklagter“ in Betracht kam.⁴³² Seine internationale Zuständigkeit stützte das Gericht bisher im *Shell*-Verfahren⁴³³ auf den Wohnsitzgerichtsstand (Art. 2 aEuGVVO) und den Gerichtsstand der Streitgenossenschaft (Art. 6

⁴²⁷ Vgl. MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 18; *Mom*, S. 345.

⁴²⁸ Zur Reduktion des Instanzenzuges *Mom*, S. 340; vgl. auch 2. Teil, B.II.5.j.

⁴²⁹ Siehe *van Hooijdonk/Eijssvoogel*, S. 6 f., 73 ff.; *Mincke*, Rz. 361.

⁴³⁰ MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 25; *Mom*, S. 340.

⁴³¹ Vgl. GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 5.15 ff.; GH Amsterdam, 12.11.2010 (*Converium-I*), Ziff. 2.7 ff. Während im *Dexia*-Verfahren Geschädigte mit Wohnsitz im Ausland ausgeschlossen wurden (GH Amsterdam, 25.1.2007 [*Dexia*], Ziff. 2.6), enthalten die Entscheidungen in den Verfahren *Vie d'Or*, *Vedior* sowie *DSB* keine Ausführungen zur internationalen Zuständigkeit.

⁴³² Vgl. GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 5.17; GH Amsterdam, 12.11.2010 (*Converium-I*), Ziff. 2.7, 2.10; dazu näher *van Lith*, S. 42 ff.; *Stadler*, FS Hailbronner (2013), S. 890, m.w.H.

⁴³³ GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 5.18 ff.

aEuGVVO), im *Converium*-Verfahren überdies zusätzlich auf den Vertragsgerichtsstand (Art. 5 Nr. 1 aEuGVVO).⁴³⁴ Diese Rechtsprechung wird im Schrifttum überwiegend kritisiert⁴³⁵, auf die Einzelheiten und alternative Lösungsvorschläge⁴³⁶ ist hier indes nicht näher einzugehen.

c) Rechtshängigkeit und Parallelverfahren

Schwierigkeiten ergeben sich bei grenzüberschreitenden WCAM-Verfahren auch bei der Rechtshängigkeit, wenngleich in diesem Zusammenhang noch keine einschlägige Judikatur bekannt ist.⁴³⁷ Die im WCAM selbst getroffene Regelung zur Rechtshängigkeit ist unmittelbar nur auf reine Binnensachverhalte anwendbar. Bei Fällen mit Bezug zum Ausland gehen die Regelwerke des europäischen und internationalen Rechts vor.

aa) Binnensachverhalte

Nach der revidierten Fassung von Art. 1015 Abs. 1 Rv werden mit der Einreichung des Antrags sämtliche bereits rechtshängigen Individualverfahren, die mit dem Massenschaden in einem Zusammenhang stehen, ungeachtet ihres Verfahrensstandes von Amtes wegen ausgesetzt.⁴³⁸ Soweit beide Parteien des ausgesetzten Individualverfahrens an dessen Fortsetzung interessiert sind, können sie nach Art. 1015 Abs. 2 lit. f Rv gemeinsam dessen Wiederaufnahme verlangen. Neben dieser Möglichkeit sieht Art. 1015 Abs. 2 Rv eine Reihe weiterer Wiederaufnahmetatbestände vor. Von zentraler Bedeutung ist dabei der revidierte Art. 1015 Abs. 2 lit. b Rv: Demnach wird das Verfahren wiederaufgenommen, wenn die betreffende Person ihr Recht zum *opt-out* fristgerecht ausgeübt hat und die Frist zur Erklärung des *opt-out* verstrichen ist. Nach der Erstfassung dieser Bestimmung war für die Wiederaufnahme des ausgesetzten Verfahrens nicht der Fristablauf, sondern die *opt-out*-Erklärung maßgeblich. Im *Dexia*-Verfahren hatte dies zur Folge, dass einige der damals wiederaufgenommenen Individualverfahren noch vor Ablauf der *opt-out*-Frist des WCAM-Verfahrens entschieden wurden, wobei die Kläger jeweils ein besseres Ergeb-

⁴³⁴ GH Amsterdam, 12.11.2010 (*Converium-I*), Ziff. 2.8 f.

⁴³⁵ Vgl. etwa *van Lith*, S. 27 ff., insbes. S. 42 ff.; *Stadler*, FS Hailbronner (2013), S. 888 ff.; *Allemeersch*, S. 369 ff.; *ten Wolde/Peters*, NiPR 2013, 3 ff.

⁴³⁶ Vgl. etwa *van Lith*, S. 54 ff.; *Stadler*, Mass Damages, S. 213 ff., 220 f.; *dies.*, FS Hailbronner (2013), S. 896 f.; *Allemeersch*, S. 376 ff.

⁴³⁷ *Kramer*, 27 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. 235, 253 (2014).

⁴³⁸ Nach der ursprünglichen Fassung war die Verfahrensaussetzung nur auf Antrag des Schädigers hin möglich, vgl. MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 21.

nis erzielten als dasjenige, welches ihnen im Gruppenvergleich angeboten worden war.⁴³⁹ Laut den Materialien zum Reformentwurf trugen diese Gerichtsentscheidungen dazu bei, dass weitere Geschädigte aus dem Gruppenvergleich austraten.⁴⁴⁰ Allerdings waren im *Dexia*-Verfahren auch noch andere Faktoren ausschlaggebend für den Austritt von Geschädigten: So wurde der Gruppenvergleich von gewissen Organisationen und Anwälten, die nicht Mitglied des niederländischen Anwaltsverbandes waren und deshalb auf Basis eines Erfolgshonorars arbeiten konnten, öffentlichkeitswirksam kritisiert und die Geschädigten explizit zum Austritt aufgefordert.⁴⁴¹ Überdies hatten rund 50 Prozent der ausgetretenen Geschädigten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Prozesskostenhilfe) – ihr *opt-out* bedeutete für sie kein finanzielles Risiko.⁴⁴² Ungeachtet dieser besonderen Umstände des *Dexia*-Falles führt die neue Regelung zur Verfahrensaussetzung zu einer klareren temporalen wie auch sachlichen Trennung zwischen dem Gruppenvergleichsverfahren und etwaigen Individualverfahren.⁴⁴³

bb) Internationale Rechtshängigkeit

Im Gegensatz zur Regelung für Binnensachverhalte ist noch weitgehend unklar, wie mit dem Problem der Rechtshängigkeit im internationalen Kontext zu verfahren ist.⁴⁴⁴ Mit der Frage auseinandersetzen müssen sich nicht nur ausländische Gerichte, die bei Rechtshängigkeit eines WCAM-Verfahrens mit parallelen Individualverfahren befasst sind, sondern auch der *Gerechtshof Amsterdam* selbst: Bei der Einreichung eines WCAM-Antrags müsste er bereits rechtshängige Individual- und Gruppenverfahren im Ausland bei Sach- und

⁴³⁹ Vgl. die drei Parallel-Entscheidungen der *Rechtbank Amsterdam* vom 27.4.2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA3914; ECLI:NL:RBAMS:2007:BA3916; ECLI:NL:RBAMS:2007:BA3920; vgl. dazu *Silvertand/Papeveld*, NJB 2007, 956; *van den Reek/de Waal*, Trema 2009, 275, 278 f. Die *opt-out*-Frist lief vom 31.1.2007 bis zum 31.7.2007, vgl. GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Einleitung; vgl. auch die Entscheidung des *Gerechtshof Amsterdam* vom 1.3.2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ9721; dazu *van Doorn*, AV&S 2007, 105, 112.

⁴⁴⁰ MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 22 f. Der *Dexia*-Gruppenvergleich umfasste zunächst ca. 300 000 Geschädigte, vgl. GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 2.3. Davon sind ca. 24 000 Betroffene bzw. 8–10 Prozent der Gruppe ausgetreten, vgl. *van Boom*, S. 190; *Tzankova*, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 578, 580 (2012).

⁴⁴¹ *Tzankova*, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 578, 582 (2012).

⁴⁴² *Tzankova*, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 580 (2012); vgl. dazu auch 2. Teil, B.II.8.b.

⁴⁴³ Vgl. MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 22 f.

⁴⁴⁴ Dazu ausführlich *Stefanelli*, S. 143 ff.; vgl. auch *Polak*, NJB 2006, 2346, 2350 f.; *Hess*, IPRax 2010, 116, 119 f.; *Stadler*, NiPR 2013, 483, 487 f.; *dies.*, Mass Damages, S. 222 ff.; *Kramer*, 27 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. 235, 252 f. (2014); *Muir Watt*, IPRax 2010, 111, 115.

Parteiidentität grundsätzlich respektieren.⁴⁴⁵ Art. 29 und Art. 30 EuGVVO bzw. Art. 27 und Art. 28 LugÜ, die bei Anwendbarkeit der EuGVVO oder des Lugano-Übereinkommens einschlägig wären, sind zur Koordination paralleler Verfahren bei Massenschäden indes nur bedingt geeignet.⁴⁴⁶

d) Anwendbares Recht

Neben der internationalen Zuständigkeit und der Rechtshängigkeit ist bei Massenschäden mit Bezug zum Ausland auch das anwendbare Recht zu bestimmen. Mit Blick auf das Prozessrecht gilt nach herrschender Meinung die Regel, dass das Gericht „sein“ Prozessrecht anwendet (*lex fori*).⁴⁴⁷ Demgegenüber ist das auf den Gruppenvergleich anwendbare materielle Recht im Justizraum der Europäischen Union wegen des vertraglichen Charakters der Vereinbarung wohl nach der Rom I-VO zu bestimmen.⁴⁴⁸ Soweit ersichtlich haben sich in der Praxis in diesem Zusammenhang bisher keine Probleme ergeben, wohl auch weil die Vergleichsvereinbarungen stets eine Rechtswahlklausel enthielten.⁴⁴⁹ Aufgrund der *opt-out*-Konzeption des Verfahrens kann die Verbindlichkeit der Rechtswahl gegenüber den Geschädigten, deren Einverständnis theoretisch bis zum Ablauf der *opt-out*-Frist unklar ist, aber durchaus in Frage gestellt werden.⁴⁵⁰

⁴⁴⁵ Die Frage könnte bei Anlegerklagen im Zusammenhang mit dem Diesel-Skandal bei VW relevant werden: Während in Deutschland bereits ein Musterverfahren rechtshängig ist, versucht in den Niederlanden eine *ad hoc* gegründete Stiftung („Volkswagen Investor Settlement Foundation“), einen Gruppenvergleich mit VW auszuhandeln, vgl. OLG Celle, 5.12.2016, 13 Kap 1/16 (V.-Dt. 14.12.2016); zu den beiden niederländischen Stiftungen auch Einleitung, A (dort Fn. 19).

⁴⁴⁶ Beim vorrangig anzuwendenden Art. 29 EuGVVO bzw. Art. 27 LugÜ ist namentlich unklar, ob Geschädigte, die im Ausland in ein paralleles Individual- oder Gruppenverfahren involviert sind, als „identische Parteien“ im Sinne dieser Bestimmung zu qualifizieren sind, vgl. Stadler, NiPR 2013, 483, 488; Hess, IPRax 2010, 116, 119; van Lith, S. 68 f.; Kramer, 27 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. 235, 253 (2014); Muir Watt, IPRax 2010, 111, 115.

⁴⁴⁷ Kramer, 27 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. 235, 271 (2014); Geimer, IZPR, Rz. 319 ff.; Walter/Domej, S. 54. Vgl. zur Frage, welches Recht im Zusammenhang mit der Prüfung der Angemessenheit des Gruppenvergleichs auf die originären Ansprüche anwendbar wäre, bereits 2. Teil, B.II.4.b.bb.

⁴⁴⁸ Vgl. Art. 10:1 BW; vgl. für eine Übersetzung des niederländischen IPR-Gesetzes RabelsZ 78 (2014), 615 ff. Nicht anwendbar ist die Rom I-VO in Dänemark, vgl. Erwägungsgrund 46 der Rom I-VO. Vgl. zum Ganzen eingehend van Lith, S. 137 ff.; Mom, S. 384 ff.

⁴⁴⁹ Vgl. auch van Lith, S. 137 ff. Der *Gerechtshof Amsterdam* prüfte die Wirksamkeit von Rechtswahlklauseln bisher freilich nicht explizit, vgl. GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 3.28, sowie GH Amsterdam, 12.11.2010 (*Converium-I*), Ziff. 2.9.

⁴⁵⁰ Vgl. Stadler, Conflicts, S. 207.

e) Verjährung

Nach Art. 7:907 Abs. 5 BW unterbricht die Einreichung des Antrags auf Verbindlicherklärung die Verjährung aller Ansprüche der Geschädigten im Zusammenhang mit dem Massenschaden. Die Bestimmung wurde im Zuge der Reform vollständig überarbeitet: Nebst einer übersichtlicheren Gliederung der fristauslösenden Ereignisse wurde die neue Verjährungsfrist von fünf auf zwei Jahre verkürzt und der Beginn des Fristenlaufs im Zusammenhang mit *opt-out*-Erklärungen vereinheitlicht. Die Verkürzung der Verjährungsfrist wurde damit begründet, dass Geschädigte, die aus dem Gruppenvergleich austraten, teilweise erst nach einigen Jahren zur Rechtsverfolgung schritten und somit eine umfassende Streiterledigung verzögerten.⁴⁵¹

aa) Ansprüche aus dem Gruppenvergleich

Wurde dem Antrag auf Verbindlicherklärung des Gruppenvergleichs stattgegeben, beginnt für sämtliche Geschädigten, die nicht ihr *opt-out* erklären, eine neue Verjährungsfrist von zwei Jahren am Tag, nachdem gemäß Art. 7:909 Abs. 1 BW endgültig beschlossen worden ist, welche Entschädigung ihnen zugesprochen wird. Fristauslösendes Ereignis ist nicht die Entscheidung des *Gerechtshof Amsterdam*, sondern die erst später durch den Administrator getroffene Entscheidung über die individuelle Entschädigungshöhe (vgl. Art. 7:907 Abs. 5 lit. a BW).⁴⁵² In Abweichung von dieser gesetzlichen Verjährungsfrist können die Parteien indes nach Art. 7:907 Abs. 6 BW eine kürzere Verwirkungsfrist vereinbaren, sie muss jedoch mindestens ein Jahr betragen.⁴⁵³

bb) Originäre Ansprüche der ausgetretenen Gruppenmitglieder

Für diejenigen Geschädigten, die während der vom Gericht festgesetzten Frist ihr Recht zum *opt-out* ausüben, beginnt eine neue Verjährungsfrist von zwei Jahren am Tag, nachdem die Frist zur Erklärung des *opt-out* verstrichen ist (Art. 7:907 Abs. 5 lit. b BW). Somit ist für den Beginn der neuen Verjährungsfrist nicht mehr der Zeitpunkt der *opt-out*-Erklärung, sondern derjenige des Verstreichens der *opt-out*-Frist entscheidend.⁴⁵⁴ Von der in Art. 7:907 Abs. 5 BW getroffenen Regelung unberührt bleibt die Verjährung von Ansprüchen ausgetretener Gruppenmitglieder, die bereits Klage eingereicht hatten und deren Individualverfahren aufgrund des WCAM-Verfahrens ausgesetzt waren und nun wiederaufgenommen wurden (Art. 1015 Abs. 3 Rv).

⁴⁵¹ Vgl. dazu MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 16 f.

⁴⁵² Vgl. *Mom*, S. 362 (noch zum alten Gesetzeswortlaut).

⁴⁵³ Siehe MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 17.

⁴⁵⁴ Vgl. dazu MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 16 f. Gleich verhält es sich bei der Wiederaufnahme ausgesetzter Verfahren, vgl. dazu 2. Teil, B.II.5.c.aa.

Die in Art. 7:907 Abs. 5 BW getroffene Verjährungsregelung gilt indes nur für ausgetretene Gruppenmitglieder, auf deren originäre Ansprüche niederländisches Recht anwendbar ist. Denn nach (kontinental-) europäischer Auffassung werden die Verjährungsregeln dem materiellen Recht zugeordnet⁴⁵⁵; maßgebend ist das in der Sache anwendbare Recht (*lex causae*). Ist im Einzelfall nicht niederländisches, sondern ein anderes Recht auf den originären Individualanspruch anwendbar, kommen die Verjährungsregeln dieses Rechts anstelle von Art 7:907 Abs. 5 BW zur Anwendung.⁴⁵⁶

cc) Verjährung bei Abweisung des Antrags und Kündigung des Vertrages

Eine neue Verjährungsfrist von zwei Jahren beginnt schließlich am Tag, nachdem das Gericht entschieden hat, den Antrag auf Verbindlicherklärung des Gruppenvergleichs definitiv abzulehnen (Art. 7:907 Abs. 5 lit. c BW)⁴⁵⁷ sowie am Tag, nachdem der Vergleichsvertrag von dem oder den Schädigern nach Art. 7:908 Abs. 4 BW gekündigt worden ist (Art. 7:907 Abs. 5 lit. d BW).⁴⁵⁸ Auch diese beiden Regelungen sind aus den genannten Gründen nur dann einschlägig, wenn niederländisches Recht auf die originären Ansprüche anwendbar ist.

f) Vorbereitende Sitzung

Nachdem die Parteien den Antrag auf Verbindlicherklärung des Gruppenvergleichs eingereicht haben, wird nach ständiger Praxis des *Gerechtshof Amsterdam* eine vorbereitende Sitzung (*terechtzingting*) anberaumt.⁴⁵⁹ Seit der Reform im Jahr 2013 können solche Sitzungen während des gesamten Verfahrens auf Antrag der Parteien oder von Amtes wegen angeordnet werden (Art. 1013 Abs. 8 Rv).⁴⁶⁰ Eine vorbereitende Sitzung dient in erster Linie organisatorischen Zwecken: Festgelegt wird unter anderem die Form der Benachrichtigung der Geschädigten, die Frist für die Einreichung von Stellungnahmen sowie das Datum der mündlichen Verhandlung.⁴⁶¹

⁴⁵⁵ Vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. d Rom I-VO sowie Art. 15 lit. h Rom II-VO; Geimer, IZPR, Rz. 351; Walter/Domej, S. 351; BGE 118 II 447, E. 1b.bb.

⁴⁵⁶ Kramer, 27 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. 235, 276 f. (2014); a.A. offenbar van Lith, S. 148.

⁴⁵⁷ Dazu näher 2. Teil, B.II.5.i.bb.

⁴⁵⁸ Dazu näher 2. Teil, B.II.6.b.

⁴⁵⁹ Lunsingh Scheurleer, S. 98; Tzankova, Unif. L. Rev. 2014, 1, 14.

⁴⁶⁰ MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 20.

⁴⁶¹ Vgl. etwa GH Amsterdam, 12.11.2010 (*Converium-I*), Ziff. 1.

g) Benachrichtigung der Gruppenmitglieder

Die gehörige Benachrichtigung der Betroffenen ist Voraussetzung für die Gewährleistung ihrer grundrechtlich garantierten Beteiligungsrechte. Von ihr hängt nicht zuletzt auch eine etwaige Anerkennung des Gruppenvergleichs im Ausland ab.⁴⁶² Die Geschädigten müssen mithin über den Inhalt der Vergleichsvereinbarung und das angesetzte Verfahren vor dem *Gerechtshof Amsterdam* sowie über das Recht auf Akteneinsicht, das Recht auf Stellungnahme und das Recht zum *opt-out* informiert werden (Art. 1013 Abs. 5 Rv).⁴⁶³

Ebenso wie nach der US-amerikanischen Rechtsprechung zu Rule 23 FRCP⁴⁶⁴ gilt auch in den Niederlanden, dass die tatsächliche Kenntnis der Geschädigten keine Voraussetzung der Bindungswirkung des Gruppenvergleichs darstellt; es genügt, wenn die Benachrichtigung ordnungsgemäß durchgeführt wurde.⁴⁶⁵ Zwingend vorgeschrieben ist im WCAM allerdings eine zweite Benachrichtigung nach der Verbindlicherklärung des Gruppenvergleichs.⁴⁶⁶

aa) Benachrichtigung bei Wohnsitz im Inland

Nach Art. 1013 Abs. 5 Rv kann die Zustellung durch einfachen Brief erfolgen, soweit das Gericht nichts anderes bestimmt.⁴⁶⁷ Zulässig ist nach der Rechtsprechung selbst eine Benachrichtigung via E-Mail.⁴⁶⁸ Für die Benachrichtigung zuständig sind anstelle der Gerichtskanzlei grundsätzlich die Antragsteller (Art. 1013 Abs. 5 Rv).⁴⁶⁹ Um möglichst auch unbekannte Geschädigte sowie Geschädigte mit unbekannter Adresse zu benachrichtigen, sind die Parteien nach Art. 1013 Abs. 5 Rv verpflichtet, zusätzlich zur postalischen Benachrichtigung in einer oder mehreren vom Gericht bestimmten Zeitungen Anzeigen zu schalten. In Betracht kommen überdies (zusätzliche) Anzeigen im Internet.⁴⁷⁰ In den Anzeigen ist speziell darauf hinzuweisen, dass Organisationen, welche für sich beanspruchen, die Interessen von Geschädigten zu vertreten, aber nicht

⁴⁶² Vgl. dazu 2. Teil, B.II.7.b.

⁴⁶³ Vgl. zur Präzisierung des Wortlauts MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 18 ff.

⁴⁶⁴ Vgl. 2. Teil, A.I.5.

⁴⁶⁵ Vgl. etwa GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 4.2.5; dazu näher 3. Teil, C.II.1.b.

⁴⁶⁶ Dazu 2. Teil, B.II.5.i.aa.

⁴⁶⁷ Siehe dazu MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 26.

⁴⁶⁸ GH Amsterdam, 29.4.2009 (*Vie d'Or*), Ziff. 4.2; GH Amsterdam, 24.6.2014 (*DES-II*), Ziff. 5.2.1.

⁴⁶⁹ Vgl. aber für die Benachrichtigung von Geschädigten mit Wohnsitz im Ausland so gleich 2. Teil, B.II.5.g.bb.

⁴⁷⁰ Im *Dexia*-Verfahren akzeptierte der *Gerechtshof Amsterdam* gar den Vorschlag der Antragsteller, auf eine postalische Benachrichtigung der ca. 296 000 Geschädigten mit Wohnsitz im Inland zu verzichten und ausschließlich Anzeigen in Zeitungen und im Internet zu schalten, vgl. GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 2.7; dazu *Mom*, S. 346 f.; *van Lith*, S. 80.

an den Vergleichsverhandlungen beteiligt waren, ebenfalls eine Stellungnahme einreichen können (Art. 1013 Abs. 5 Rv, Art. 1014 Rv).

bb) Benachrichtigung bei Wohnsitz im Ausland

Die Benachrichtigung von Geschädigten mit Wohnsitz im Ausland erfolgt gemäß den einschlägigen Regelungen im europäischen und internationalen Recht⁴⁷¹, insbesondere nach der Europäischen Zustellungsverordnung (EuZVO) und nach dem Haager Zustellungsübereinkommen (HZÜ). Sowohl die EuZVO als auch das HZÜ sind auf den gewöhnlichen Zweiparteienprozess ausgerichtet und enthalten keine besonderen Bestimmungen für die Zustellung bei internationalen Massenschäden.⁴⁷² Bei der Zustellung an Geschädigte mit ausländischem Wohnsitz gelten demnach die üblichen, im Vergleich zu Art. 1013 Abs. 5 Rv strengen Voraussetzungen dieser Regelwerke.⁴⁷³ Zuständig für die Benachrichtigung von Geschädigten mit Wohnsitz im Ausland ist nach der Rechtsprechung die Gerichtskanzlei des *Gerechtshof Amsterdam*.⁴⁷⁴ Sind weder die EuZVO noch das HZÜ oder andere Staatsverträge anwendbar, soll das Gericht nach dem revidierten Wortlaut von Art. 1013 Abs. 5 Rv Form und Sprache der Benachrichtigung festlegen.⁴⁷⁵ Nicht anwendbar sind die EuZVO und das HZÜ unter anderem bei unbekannten Geschädigten und Geschädigten mit unbekanntem Wohnsitz (Art. 1 Abs. 2 EuZVO, Art. 1 HZÜ). Ebenso wie im Inland kann zwar versucht werden, diese Geschädigten durch Anzeigen in ausländischen Medien zu erreichen.⁴⁷⁶ Offenbar verzichtete der *Gerechtshof Amsterdam* im *Shell*-Verfahren aber auf die Forderung nach Anzeigenschaltungen in Ländern, in welchen weniger als 50 Geschädigte ihren Wohnsitz hatten.⁴⁷⁷ Er nahm damit in Kauf, dass sich diese in keiner Weise

⁴⁷¹ Anders noch im *Dexia*-Verfahren, wo das Gericht eine Benachrichtigung von Geschädigten mit Wohnsitz im Ausland durch einfachen Brief (entgegen den Regelungen in EuZVO und HZÜ) akzeptierte, vgl. GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 2.7, Ziff. 5.2 ff. Diese Rechtsprechung hat das Gericht in der Folge aufgegeben und die Anforderungen an die Benachrichtigung zunehmend verschärft, vgl. GH Amsterdam, 29.4.2009 (*Vie d'Or*), Ziff. 4.2; GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 5.7; GH Amsterdam, 15.7.2009 (*Vedior*), Ziff. 4.2 f.; GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 4.2.2; GH Amsterdam, 24.6.2014 (*DES-II*), Ziff. 5.2.1; GH Amsterdam, 13.5.2014 (*DSB-II*), Ziff. 5.2.1; vgl. zum Ganzen ausführlich *van Lith*, S. 80 ff.

⁴⁷² *van Lith*, S. 81.

⁴⁷³ Vgl. *van Lith*, S. 77 ff., 93.

⁴⁷⁴ *van Lith*, S. 83, m.w.H.; vgl. zur Praxis aber ebd., S. 87 f.

⁴⁷⁵ Dazu MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 19 f.

⁴⁷⁶ Dazu näher *van Lith*, S. 89 ff.

⁴⁷⁷ *van Lith*, S. 90.

benachrichtigten Personen der Bindungswirkung des Gruppenvergleichs aufgrund der offensichtlichen Verletzung ihres rechtlichen Gehörs entziehen könnten.⁴⁷⁸

h) Akteneinsicht und Stellungnahme

Nach der revidierten Fassung von Art. 1013 Abs. 4 Rv kann das Gericht anordnen, dass die Akten den Geschädigten auf bestimmten Websites zugänglich gemacht und den Gruppenmitgliedern auf deren Antrag hin Kopien der Akten zur Verfügung gestellt werden.⁴⁷⁹

Die Geschädigten haben überdies das Recht, in einer *verweerschrift* (wörtlich „Verteidigungsschrift“, treffender wohl „Stellungnahme“ oder „Erwiderung“⁴⁸⁰) Einwände gegen die Vergleichsvereinbarung vorzubringen (Art. 1013 Abs. 5 Rv i.V.m. Art. 282 Abs. 1 Rv). Aktivlegitimiert sind nach Art. 1014 Rv auch Organisationen, welche nicht an den Vergleichsverhandlungen beteiligt waren, sowie – nach der Meinung eines Autors – auch Regressschuldner oder weitere Beteiligte.⁴⁸¹ Nach Art. 1013 Abs. 7 Rv kann das Gericht anordnen, dass die Stellungnahmen spätestens bis zu einem festgelegten Datum vor der mündlichen Verhandlung eingereicht werden müssen. So können Verzögerungen während der mündlichen Verhandlung vermieden werden und es wird gewährleistet, dass die Antragsteller genügend Zeit haben, auch auf eine hohe Anzahl von Stellungnahmen zu antworten.⁴⁸² Die Stellungnahmen müssen den Formvorschriften von Art. 282 Rv genügen, soweit diese anwendbar sind (vgl. Art. 1013 Abs. 4 und Abs. 7 Rv).

i) Mündliche Verhandlung und Entscheid des Gerichts

Im Rahmen einer mündlichen Verhandlung haben die Parteien, die Geschädigten sowie interessierte Dritte nochmals die Möglichkeit, sich zur Sache zu äußern (Art. 1013 Abs. 5 i.V.m. Art. 279 Rv), und auch das Gericht kann noch ein letztes Mal Änderungsvorschläge machen.⁴⁸³ Anschließend trifft es den Entscheid über den Antrag auf Verbindlicherklärung des Gruppenvergleichs.

⁴⁷⁸ Dazu Stadler, FS Hailbronner (2013), S. 891 f.; siehe auch 2. Teil, B.II.7.b.

⁴⁷⁹ Das Recht auf Akteneinsicht wurde im WCAM ursprünglich nicht besonders geregelt: Art. 1013 Abs. 4 Rv a.F. verwies auf Art. 290 Rv, wonach Akteneinsicht auf der Gerichtskanzlei genommen werden kann. Bereits im Dexia-Verfahren wich der *Gerechtshof Amsterdam* von dieser Regelung ab, vgl. GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 2.3, 2.9; MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 19.

⁴⁸⁰ Mincke, Rz. 369.

⁴⁸¹ Vgl. Croiset van Uchelen, Litigation, S. 134, 149, 152.

⁴⁸² MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 27.

⁴⁸³ Vgl. etwa GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 1.15, 6.33.

aa) Verbindlicherklärung des Gruppenvergleichs

Wird dem Antrag auf Verbindlicherklärung des Gruppenvergleichs stattgegeben, hat dieser zwischen den Parteien die Wirkungen eines Feststellungsvertrages. Als Parteien gelten von Gesetzes wegen nun auch die im Vertrag definierten Geschädigten (und deren Rechtsnachfolger, Art. 7:908 Abs. 1 BW), soweit sie nicht von ihrem Recht zum *opt-out* Gebrauch machen (Art. 7:908 Abs. 2 BW).⁴⁸⁴ Die Geschädigten erhalten einen einklagbaren Anspruch auf Vertragserfüllung.⁴⁸⁵ Im Gegensatz zum gewöhnlichen Zweiparteienvergleich⁴⁸⁶ kann ein verbindlicher Gruppenvergleich nicht unmittelbar als Vollstreckungstitel dienen, da die den Gruppenmitgliedern jeweils zustehende Entschädigung in der Regel noch ermittelt und zugesprochen werden muss. Mit der Zustimmung zum Gruppenvergleich (bzw. dem Verzicht auf das *opt-out*) verlieren die Geschädigten zugleich das Recht, ihre originären Ansprüche aus dem Schadensereignis gerichtlich durchsetzen zu können.⁴⁸⁷ Die Verbindlicherklärung soll gegenüber den gebundenen Parteien eine „ähnliche“ Wirkung entfalten wie die Rechtskraft eines Urteils i.S.v. Art. 236 Rv (*res iudicata*).⁴⁸⁸ Diese wird in den Niederlanden nicht von Amtes wegen beachtet, sondern muss vom Schädiger einredeweise geltend gemacht werden (Art. 236 Abs. 3 Rv⁴⁸⁹). Die Verbindlicherklärung ist grundsätzlich umgehend unwiderruflich, da – anders als bei der Abweisung des Antrags⁴⁹⁰ – kein Rechtsmittel zur Verfügung steht.⁴⁹¹

Die Entscheidung wird den Antragstellern so schnell wie möglich zugestellt (Art. 1017 Abs. 1 Rv) sowie auf der Gerichtskanzlei und auf bestimmten Websites zugänglich gemacht (Art. 1017 Abs. 2 Rv). Auch den Geschädigten wird umgehend mit einfachem Brief oder bei Wohnsitz im Ausland gemäß dem anwendbaren Zustellungsrecht⁴⁹² eine Kopie der Entscheidung zugestellt (Art. 1017 Abs. 3 Rv). Überdies sind die Geschädigten durch Anzeigen in Tageszeitungen oder anderen Medien im Inland und gegebenenfalls auch im Ausland unter anderem über die Entscheidung des Gerichts, den Inhalt des Gruppenvergleichs, das Verteilungsprozedere, das Recht auf Akteneinsicht sowie über das *opt-out*-Recht und die dafür festgesetzte Frist zu informieren

⁴⁸⁴ Dazu 2. Teil, B.II.6.

⁴⁸⁵ Vgl. MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 18; *Mom*, S. 363 f.

⁴⁸⁶ Vgl. dazu bereits 2. Teil, B.II.4.a.

⁴⁸⁷ Dazu näher 3. Teil, C.II.1.a.

⁴⁸⁸ Vgl. MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 4; vgl. dazu auch *Mom*, S. 331, 363 f.

⁴⁸⁹ Vgl. dazu van Mierlo/van Nispen T&C Rv-van Dam-Lely, Art. 236 N 2.

⁴⁹⁰ Vgl. 2. Teil, B.II.5.i.bb.

⁴⁹¹ Der Wortlaut von Art. 1018 Rv wurde revidiert: Wird dem Antrag stattgegeben, steht kein Rechtsmittel zur Verfügung und es entfällt die Rechtsmittelfrist. Die Verbindlicherklärung wird deshalb umgehend unwiderruflich, vgl. auch 2. Teil, B.II.5.j.

⁴⁹² Vgl. dazu bereits 2. Teil, B.II.5.g.bb.

(Art. 1017 Abs. 3 Rv).⁴⁹³ Spätestens mit der Benachrichtigung der Geschädigten muss es diesen möglich sein, ihre Ansprüche beim Administrator oder einer anderen Stelle anzumelden.⁴⁹⁴

bb) Abweisung des Antrags

Wird der Antrag auf Verbindlicherklärung abgewiesen, bleibt die Verbindlichkeit der Vergleichsvereinbarung zwischen den Antragstellern als ursprünglichen Vertragsparteien grundsätzlich davon unberührt. In der Regel sorgen aber entsprechende Auflösungsklauseln für die Unverbindlichkeit des Vertrages. Ausgesetzte Individualverfahren werden wiederaufgenommen, sobald die Entscheidung mit Ablauf der dreimonatigen Rechtsmittelfrist (Art. 402 Abs. 1 Rv) unwiderruflich geworden ist (Art. 1015 Abs. 2 lit. c Rv).⁴⁹⁵ Zugleich beginnt eine neue Verjährungsfrist zu laufen (Art. 7:907 Abs. 5 lit. c BW).⁴⁹⁶ Die Antragsteller sind dafür verantwortlich, die Gruppenmitglieder umgehend in einer vom Gericht festgelegten Form über die Entscheidung zu informieren (Art. 1017 Abs. 4 Rv).

j) Rechtsmittel

Nach Art. 1018 Abs. 1 Rv steht das Rechtsmittel der Kassation (*cassatie*) zum *Hoge Raad* nur im Fall der Abweisung des Antrags und ausschließlich den Antragstellern gemeinsam zur Verfügung. Das Verfahren richtet sich nach Art. 398 ff. Rv.⁴⁹⁷ Demzufolge wird die Entscheidung des *Gerechtshof Amsterdam* bei Stattgabe des Antrags unmittelbar rechtskräftig.⁴⁹⁸ Den Geschädigten sowie interessierten Dritten ist es unabhängig vom Ausgang des Verfahrens verwehrt, die Entscheidung des *Gerechtshof Amsterdam* anzufechten. Durch den Ausschluss soll verhindert werden, dass einzelne Geschädigte oder Dritte die Bewältigung des Massenschadens verzögern oder insgesamt verhindern.⁴⁹⁹

Die restriktive Regelung der Kassation als Rechtsmittel wird etwas gemildert durch die Zulassung des Widerrufs (*herroeping*) für außerordentliche Fälle

⁴⁹³ Vgl. zum Prozedere bereits 2. Teil, B.II.5.g.

⁴⁹⁴ Vgl. dazu auch 2. Teil, B.II.7.a.

⁴⁹⁵ Zur Verfahrensaussetzung 2. Teil, B.II.5.c.aa.

⁴⁹⁶ Dazu bereits 2. Teil, B.II.5.e.cc.

⁴⁹⁷ Vgl. dazu *van Hooijdonk/Eijssvoegel*, S. 68 f.

⁴⁹⁸ Art. 1018 Abs. 1 Rv a.F. ließ ein gemeinsam von den Antragstellern eingereichtes Rechtsmittel gegen die Verbindlicherklärung (theoretisch) zu. Aufgrund der Unwahrscheinlichkeit dieses Szenarios wurde der Wortlaut angepasst, vgl. MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 25. Vgl. dazu auch bereits 2. Teil, B.II.5.i.aa.

⁴⁹⁹ MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 31; vgl. zur Kritik am Ausschluss der Rechtsmittelmöglichkeit für Dritte *Mom*, S. 376 f.

wie Betrug (während des Verfahrens) sowie fehlerhafte oder unterschlagene Beweismittel (Art. 1018 Abs. 2 Rv, Art. 382 ff. Rv).⁵⁰⁰

6. Opt-out und Kündigungsrecht

a) Opt-out

Nach Art. 7:908 Abs. 2 BW können die Geschädigten in einer vom Gericht bestimmten Frist von mindestens drei Monaten gegenüber einer im Gruppenvergleich bezeichneten (juristischen) Person (Art. 7:907 Abs. 2 lit. g BW⁵⁰¹) schriftlich ihr *opt-out* erklären.⁵⁰² Die Geschädigten sollten während der Frist genügend Zeit haben, die Chancen und Risiken eines *opt-out* einzuschätzen.⁵⁰³ In diesem Zusammenhang hat der *Hoge Raad* klargestellt, dass die Gerichte nach einem *opt-out* in anschließenden Individualverfahren in keiner Weise an die im Gruppenvergleich vereinbarte Lösung gebunden sind und ausschließlich nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden haben.⁵⁰⁴

Die Austrittsmöglichkeit von Spätgeschädigten bzw. „zukünftigen Geschädigten“, die zum Zeitpunkt der Verbindlicherklärung keine Kenntnis von ihrem Schaden haben konnten, ist wie gezeigt in Art. 7:908 Abs. 3 BW besonders geregelt.⁵⁰⁵ Demgegenüber haben Geschädigte, die zwar von ihrem Schaden, wegen erfolgloser Benachrichtigung aber nicht von dem WCAM-Verfahren Kenntnis hatten, grundsätzlich kein nachträgliches Recht zum *opt-out*.⁵⁰⁶

Die Austrittserklärung kann durch einfachen Brief oder per E-Mail erfolgen.⁵⁰⁷ Generell sollen keine strengen Anforderungen an die Form gelten.⁵⁰⁸

⁵⁰⁰ Ein Widerruf hat keine Folgen für Geschädigte, die ihm widersprechen. Aufgrund der Zulassung dieser Widerspruchsmöglichkeit und zur Vermeidung von Normkonflikten schließt Art. 7:908 Abs. 5 BW die materiellrechtliche Anfechtung des Gruppenvergleichs wegen absichtlicher Täuschung, Irrtum sowie Treu und Glauben aus. Vgl. zum Ganzen van Mierlo/van Nispen T&C Rv-van Mierlo, Art. 1018 N 3; Arons, Enforcement, S. 250 f.; MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 20, 31 f.

⁵⁰¹ In Art. 7:908 Abs. 2 BW wird – wie in der Erstfassung des Gesetzes – auf Art. 7:907 Abs. 2 lit. f BW anstatt auf den im Rahmen der Gesetzesrevision neu geschaffenen Art. 7:907 Abs. 2 lit. g BW verwiesen; es handelt sich dabei wohl um ein Versehen.

⁵⁰² Ausführlich zur Rechtsnatur und zum Problem von Willensmängeln bei *opt-out*-Erklärungen Kroes, S. 87 ff.

⁵⁰³ Vgl. MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 18 f.

⁵⁰⁴ HR, 5.6.2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, Ziff. 4.9.2; vgl. dazu bereits GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 7.29 f.; van Doorn, AV&S 2007, 105, 112.

⁵⁰⁵ Vgl. dazu bereits 2. Teil, B.II.2.b.cc.

⁵⁰⁶ Vgl. zur Benachrichtigung 2. Teil, B.II.5.g sowie 3. Teil, C.II.1.b.

⁵⁰⁷ GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.35.

⁵⁰⁸ Siehe *Mom*, S. 366. Wirksam ist etwa eine kurz vor Ende der Frist durch den Anwalt des Geschädigten getätigte *opt-out*-Erklärung, wenn zwischen dem Anwalt und dem Mandanten in allgemeiner Weise vereinbart war, dass ein Vergleich nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Mandanten geschlossen werden könne, vgl. HR, 12.10.2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9243.

Nach dem revidierten Wortlaut von Art. 7:908 Abs. 2 BW kann das Gericht den Antragstellern erlauben, von den Geschädigten, die ihren Austritt erklären, weitere Informationen zu verlangen. Die Gültigkeit der Austrittserklärung bleibt aber unberührt davon, ob diese Informationen geliefert werden und ob sie richtig oder vollständig sind.⁵⁰⁹ Relevant ist dies primär in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten: Dort hat der Emittent insbesondere mit Blick auf das Kündigungsrecht i.S.v. Art. 7:908 Abs. 4 BW – dazu sogleich – ein berechtigtes Interesse an Informationen über die Anzahl gehaltener Aktien sowie über die Kaufs- und Verkaufsdaten des ausgetretenen Aktionärs.⁵¹⁰

b) Kündigungsrecht des Schädigers

Nach Art. 7:908 Abs. 4 BW ist es zulässig, im Vergleichsvertrag ein Kündigungsrecht für den Fall vorzusehen, dass zu wenige Geschädigte an den Gruppenvergleich gebunden sind oder – so der revidierte Wortlaut⁵¹¹ – eine andere im Vertrag genannte Bedingung nicht erfüllt ist. Das Kündigungsrecht zielt in erster Linie auf die *opt-out*-Rate: Treten zu viele Geschädigte⁵¹² oder Geschädigte, denen ein bestimmter Anteil der Entschädigungssumme⁵¹³ zukommen würde, innerhalb der Frist aus dem Gruppenvergleich aus, soll der Schädiger die Möglichkeit haben, den Vertrag zu kündigen.

Soweit mehrere Schädiger am Gruppenvergleich beteiligt sind, können sie den Vergleichsvertrag nach dem Wortlaut von Art. 7:908 Abs. 4 BW nur gemeinsam kündigen. Die Kündigung muss überdies innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf der *opt-out*-Frist ausgesprochen werden, und zwar in Form von schriftlichen Mitteilungen an die Vertreterorganisationen und die bekannten Geschädigten sowie zusätzlich in Anzeigen in zwei Tageszeitungen.⁵¹⁴

7. Verteilungsprozedere und Vollstreckung

a) Verteilung der Entschädigungen

Wie bereits erwähnt, liegt das Anspruchsanmelde- und Verteilungsprozedere

⁵⁰⁹ Vgl. dazu NaV, TK 2012-2013, 33 126, Nr. 7, S. 16 f. In der Revision wurde die Rechtsprechung des *Gerechtshof Amsterdam* kodifiziert, vgl. GH Amsterdam, 15.7.2009 (*Vedior*), Ziff. 4.19; GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.35.

⁵¹⁰ Vgl. *Pijls*, JOR 2009/325; *Lunsingh Scheurleer*, S. 99 f.

⁵¹¹ Der Wortlaut von Art. 7:908 Abs. 4 BW wurde mit Blick auf die Revision in Art. 7:908 Abs. 2 BW ebenfalls ergänzt, vgl. dazu NaV, TK 2012-2013, 33 126, Nr. 7, S. 17.

⁵¹² Vgl. GH Amsterdam, 29.4.2009 (*Vie d'Or*), Ziff. 4.14, Ziff. 2.6: Kündigungsrecht beim Austritt von 1100 Geschädigten bzw. 10 Prozent.

⁵¹³ Vgl. GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 3.25; GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 14.5: Kündigungsrecht beim Austritt von Geschädigten, denen mindestens 5 bzw. 4 Prozent der Entschädigungssumme zukommen würde.

⁵¹⁴ Vgl. MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 19 f.

in der Verantwortung der Parteien. Das Gesetz enthält indes gewisse Mindestanforderungen an das Verteilungsverfahren. Nach der Benachrichtigung über die Verbindlicherklärung können die Geschädigten ihre Ansprüche beim Administrator anmelden. Nach der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen fällt der Administrator auf Grundlage der im Gruppenvergleich vorgesehenen Entschädigungskategorien und unter Beachtung des Bereicherungsverbots (Art. 7:909 Abs. 4 BW⁵¹⁵) einen Beschluss, der nach dem Wortlaut von Art. 7:909 Abs. 1 BW zwar „endgültig“ sein soll, aber spätestens seit der Gesetzesreform von 2013 stets bei einer unabhängigen Schlichtungsstelle (Art. 7:907 Abs. 3 lit. d BW)⁵¹⁶ anfechtbar sein muss. Für den Fall einer gescheiterten Schlichtung sieht Art. 7:909 Abs. 1 BW als *ultima ratio* vor, dass „der Richter“ befugt ist, über die Entschädigung zu entscheiden, wenn der Beschluss (des Administrators) oder die Art und Weise, wie er zustande gekommen ist, unredlich oder unbillig ist.⁵¹⁷ Das Gericht kann überdies angerufen werden, wenn nicht fristgerecht über die Höhe der Entschädigung entschieden wird (Art. 7:909 Abs. 2 BW). Soweit die Geschädigten dem zustimmen, können die Organisationen an deren Stelle Klage auf Erfüllung einreichen (Art. 7:909 Abs. 3 BW).

Art. 7:909 Abs. 5 BW regelt überdies den Fall, dass die vereinbarte Entschädigungssumme nicht zur Deckung aller Ansprüche ausreicht. Eine solche Situation droht beispielsweise dann, wenn die Anzahl der Geschädigten, welche Ansprüche anmelden, wesentlich höher ist als ursprünglich angenommen.⁵¹⁸ In diesem Fall sind die Ansprüche proportional zu kürzen, bereits ausbezahlte Entschädigungen sollen davon allerdings unberührt bleiben.⁵¹⁹

Soweit nach der Ausbezahlung aller Entschädigungen ein Restbetrag übrig bleibt, können der oder die Schädiger nach Art. 7:910 Abs. 2 BW beim *Gezrechtshof Amsterdam* beantragen, dass der entsprechende Betrag rückerstattet wird. Das Gericht hat den Antrag abzuweisen, wenn noch unklar ist, ob die Ansprüche von sämtlichen – d.h. namentlich auch zukünftigen⁵²⁰ – Geschädigten befriedigt wurden bzw. werden können. Die Parteien können indes auch von der Rückerstattung ganz oder teilweise absehen und vereinbaren, dass der Restbetrag oder ein Teil davon als zusätzliche Entschädigung an die Gruppenmitglieder ausbezahlt wird.⁵²¹

⁵¹⁵ Von einer Entschädigung ausgeschlossen sind Betroffene, die bereits durch ihre Versicherungen entschädigt wurden, vgl. *Fleming/Kuster*, S. 293; *Arons*, Enforcement, S. 251.

⁵¹⁶ Siehe MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3, S. 15 f.; dazu bereits 2. Teil, B.II.4.b.aa.

⁵¹⁷ Die Zuständigkeit soll sich nach wohl h.L. aus den allgemeinen Gerichtsstandsvorschriften oder aus einer Gerichtsstandsvereinbarung ergeben, vgl. *Mom*, S. 371 f., m.w.H.

⁵¹⁸ Vgl. dazu MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 22 f.; *Mom*, S. 372.

⁵¹⁹ Dazu krit. *Arons*, Enforcement, S. 252.

⁵²⁰ Vgl. dazu 2. Teil, B.II.2.b.cc.

⁵²¹ Vgl. GH Amsterdam, 29.4.2009 (*Vie d'Or*), Ziff. 4.14; Amsterdam, 24.6.2014 (*DES-II-2*), Ziff. 3 ff.; *Mom*, S. 372, m.w.H.

b) Anerkennung und Vollstreckung des Gruppenvergleichs

aa) Anerkennung und Vollstreckung des Entschädigungsanspruchs

Wie gezeigt, kann ein verbindlicher WCAM-Gruppenvergleich grundsätzlich nicht unmittelbar als Vollstreckungstitel dienen.⁵²² Die Geschädigten können ihren Anspruch aus dem Gruppenvergleich aber vor Gericht einklagen und anschließend die Vollstreckung im In- oder Ausland beantragen. Da der Schädiger sich in einem Gruppenvergleich freiwillig zur Bezahlung einer bestimmten Entschädigungssumme verpflichtet hat und die Verteilung in der Regel durch einen zu diesem Zweck beauftragten Administrator von den Niederlanden aus erfolgt⁵²³, dürfte die Frage der Vollstreckung der Leistungsansprüche aus dem Gruppenvergleich im Ausland in aller Regel eine untergeordnete Rolle spielen.⁵²⁴

bb) Anerkennung der Präklusionswirkung des Gruppenvergleichs?

Vergleichsweise mehr Bedeutung dürfte in der Praxis das Problem nachträglicher Individualverfahren und der Anerkennung einer etwaigen Präklusionswirkung des Gruppenvergleichs außerhalb der Niederlande haben, wenngleich bisher noch keine Entscheidungen ausländischer Gerichte in diesem Zusammenhang bekannt sind.⁵²⁵ Der *Gerechtshof Amsterdam* vertritt den Standpunkt, dass ein von ihm überprüft und gebilligter Gruppenvergleich einer Individualklage im Ausland entgegenstehen würde.⁵²⁶ Eine grenzüberschreitende Präklusionswirkung des genehmigten Gruppenvergleichs ist indes zweifelhaft.

In den Mitgliedstaaten der EU sowie in Norwegen, Island und der Schweiz wäre eine etwaige Anerkennung nach der revidierten EuGVVO bzw. nach dem Lugano-Übereinkommen zu prüfen; ein WCAM-Gruppenvergleich ist vom sachlichen Anwendungsbereich dieser Regelwerke wohl erfasst.⁵²⁷ Freilich ist in Art. 59 EuGVVO/Art. 58 LugÜ nur die Vollstreckung gerichtlicher Vergleiche geregelt; eine Anerkennung der Sperrwirkung ist in diesen Regelwerken nicht vorgesehen, weil gerichtliche Vergleiche (inklusive Erledigungsentscheid) in manchen Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht rechtskraftfähig sind.⁵²⁸ Eine Sperrwirkung kommt demnach nur dann in Betracht, wenn der

⁵²² Vgl. 2. Teil, B.II.5.i.aa.

⁵²³ Vgl. etwa GH Amsterdam, 12.11.2010 (*Converium-I*), Ziff. 2.9.

⁵²⁴ *Stadler*, Durchsetzbarkeit, S. 163 f.; *dies.*, FS Schütze (2015), S. 565; *van Dam-Lely/de Hoogh*, S. 59.

⁵²⁵ *van Dam-Lely/de Hoogh*, S. 59; *Stadler*, FS Schütze (2015), S. 564 f.

⁵²⁶ GH Amsterdam, 12.11.2010 (*Converium-I*), Ziff. 2.11; GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 5.22.

⁵²⁷ *van Lith*, S. 106 ff.; *Mom*, S. 379 f.

⁵²⁸ *Walter/Domej*, S. 471 f.; *Schnyder LugÜ Komm-Domej/Oberhammer*, Art. 32 N 10; ausführlich *Atteslander-Dürrenmatt*, S. 135 ff.; *Frische*, S. 130 ff.; zur Rechtskraft gerichtlicher Zweiparteienvergleiche in der Schweiz 1. Teil, A.I.1.b.

überprüfte Gruppenvergleich als Entscheidung i.S.v. Art. 2 lit. a EuGVVO/Art. 32 LugÜ und nicht als gerichtlicher Vergleich i.S.v. Art. 2 lit. b EuGVVO/Art. 58 LugÜ qualifiziert wird.⁵²⁹

Vor Inkrafttreten der revidierten EuGVVO sprach sich die herrschende Lehre für eine Qualifikation als Entscheidung i.S.v. Art. 32 aEuGVVO/LugÜ aus, da das Gericht den Gruppenvergleich einer umfassenden inhaltlichen Überprüfung unterziehe und die Bindungswirkung gegenüber den Geschädigten auf dem Entscheid der gerichtlichen Verbindlicherklärung beruhe.⁵³⁰ Argumentiert wurde auch mit dem Wortlaut von Art. 58 aEuGVVO/LugÜ, dessen deutsche und französische (nicht aber englische) Version fordert, dass der Vergleich *vor einem Gericht im Laufe des Verfahrens geschlossen* wurde – was bei einem WCAM-Gruppenvergleich gerade nicht der Fall sei.⁵³¹

Mit dem Inkrafttreten der revidierten EuGVVO umfasst die Definition gerichtlicher Vergleiche in Art. 2 lit. b EuGVVO aber nunmehr auch Vergleiche, die außergerichtlich geschlossen und anschließend von einem Gericht gebilligt wurden. Auf den ersten Blick würden WCAM-Gruppenvergleiche von dieser Bestimmung ohne weiteres erfasst⁵³² – allerdings müsste dann konsequenterweise die Anerkennung einer etwaigen Sperrwirkung gestützt auf die EuGVVO bzw. das Lugano-Übereinkommen ausbleiben, weil diese Regelwerke wie erwähnt nur eine Vollstreckung vorsehen.⁵³³ Aufgrund der inhaltlichen Überprüfung und der intendierten Rechtskraftwirkung der Verbindlicherklärung ist ein WCAM-Gruppenvergleich nach wohl herrschender Lehre ungeachtet des revidierten Wortlauts von Art. 2 lit. b EuGVVO weiterhin als Entscheidung i.S.v. Art. 2 lit. a EuGVVO/Art. 32 LugÜ zu qualifizieren.⁵³⁴

Die Anerkennung der Präklusionswirkung des genehmigten Gruppenvergleichs wäre freilich keineswegs sicher, da sich der Geschädigte auf den *ordre public*-Vorbehalt (Art. 45 Abs. 1 lit. a EuGVVO/Art. 34 Nr. 1 LugÜ),

⁵²⁹ Zur problematischen Qualifikation gerichtlicher Zweiparteienvergleiche etwa Schnyder LugÜ Komm-Domej/Oberhammer, Art. 32 N 10; Atteslander-Dürrenmatt, S. 135 ff.

⁵³⁰ Polak, NJB 2006, 2346, 2353; Croiset van Uchelen, AV&S 2007, 222, 226; Stadler, JZ 2009, 121, 131; dies., FS Schütze (2015), S. 565; van Lith, S. 108 ff.; Halfmeier, NiPR 2012, 176, 178 ff.; Arons/van Boom, [2010] EBLR, 857, 880 ff.; Kramer, Mass settlements, S. 83 f.; Fentiman, S. 102 ff.; Werlauff, ECL 2013, 179, 181 f.; Mom, S. 387; Arons, Enforcement, S. 359 f.; a.A. Muir Watt, IPRax 2010, 111, 114; skeptisch auch Hess, IPRax 2010, 116, 120; vgl. auch ders., Approach, S. 114.

⁵³¹ van Lith, S. 111 f.; Bariatti, S. 331 f.; Werlauff, ECL 2013, 179, 181 f.

⁵³² van Lith, S. 113; Bariatti, S. 332; Kramer, Mass settlements, S. 85.

⁵³³ Der genehmigte Gruppenvergleich wäre dann kollisionsrechtlich wie ein einfacher materiellrechtlicher Vertrag zu behandeln, vgl. Frische, S. 131, 218 ff. (zum Zweiparteienvergleich).

⁵³⁴ Hermans/de Bie Leuveling Tjeenk, Rz. 40; wohl auch Magnus/Mankowski-Kramer, Art. 59 N 6; Schlosser/Hess-Hess, Art. 2 EuGVVO N 3, 22; Stadler, FS Schütze (2015), S. 565.

auf den Vorbehalt der gehörigen Zustellung (Art. 45 Abs. 1 lit. b EuGVVO/Art. 34 Nr. 2 LugÜ, ev. analog) oder auf einseitig zwingende Zuständigkeitsbestimmungen (Art. 45 Abs. 1 lit. e EuGVVO/Art. 35 LugÜ) berufen könnte.⁵³⁵ Von den zahlreichen Unsicherheiten im Zusammenhang mit der internationalen Zuständigkeit des *Gerechtshof Amsterdam* abgesehen⁵³⁶, steht mit Blick auf Art. 45 EuGVVO/Art. 34 LugÜ namentlich der *ordre public*-Vorbehalt im Vordergrund.⁵³⁷ Inwiefern dieser einer Anerkennung der Sperrwirkung des Gruppenvergleichs entgegenstehen würde, hängt von den im Anerkennungsstaat geltenden Maßstäben ab.⁵³⁸ Erforderlich ist jedenfalls eine offensichtliche, gravierende Verletzung wesentlicher Rechtsgrundsätze des Anerkennungsstaats.⁵³⁹ Mit Blick auf die Schweiz berührt die Ausgestaltung des WCAM hauptsächlich zwei Elemente des hiesigen *ordre public*: den Anspruch auf rechtliches Gehör und den Dispositionsgrundsatz.⁵⁴⁰ Am wahrscheinlichsten scheint die Anerkennung der Präklusionswirkung des Gruppenvergleichs in der Schweiz dann, wenn der Geschädigte persönlich und formgerecht benachrichtigt wurde.⁵⁴¹ In diesem Fall ließe sich argumentieren, dass weder seine Dispositionsfreiheit noch sein rechtliches Gehör über Gebühr eingeschränkt wurde, da er die Möglichkeit hatte, sich dem Verfahren durch ein *opt-out* zu entziehen und sich (nur, aber immerhin) mittels Stellungnahme i.S.v. Art. 1013 Abs. 5 Rv zur Sache äußern konnte.⁵⁴² Bezüglich benachrichtigter,

⁵³⁵ Zum Ganzen eingehend *Stadler*, FS Schütze (2015), S. 563 ff.; vgl. auch *van Lith*, S. 120 ff.; *Halfmeier*, NiPR 2012, 176 ff.; *Arons*, Enforcement, S. 354 ff.; *Werlauff*, ECL 2013, 179 ff.; *Mom*, S. 388 ff.; *Dasser/Oberhammer-Dasser*, Art. 2 LugÜ N 23 ff.

⁵³⁶ Vgl. dazu bereits 2. Teil, B.II.5.b.

⁵³⁷ Vgl. *Stadler*, FS Schütze (2015), S. 568 f.; vgl. auch *Halfmeier*, NiPR 2012, 176, 183, der argumentiert, dass Wortlaut und Zweck von Art. 45 Abs. 1 lit. b EuGVVO/Art. 34 Nr. 2 LugÜ insgesamt gegen dessen Anwendbarkeit im hier interessierenden Zusammenhang sprechen würden.

⁵³⁸ H.M., vgl. nur *Dasser/Oberhammer-Walther*, Art. 34 LugÜ N 3, m.w.H. Das Recht der EU setzt den Mitgliedstaaten diesbezüglich (noch) keine verbindlichen Schranken, vgl. *Stadler*, FS Schütze (2015), S. 566.

⁵³⁹ EuGH, Rs. C-420/07, *Apostolides/Orams*, Rz. 55 ff.; EuGH, Rs. C-7/98, *Krombach/Bamberski*, Rz. 37; BGer 6.4.2016, 5A_248/2015, E. 3.3.1; BGer 4.6.2015, 5A_31/2015, E. 2; BGer 12.11.2015, 4A_367/2015, E. 6.

⁵⁴⁰ Mit Blick auf *class action settlements* und -Entscheidungen *Kölz*, SZIER 2012, 43, 61 ff.; *Favalli/Matthews*, SZIER 2007, 611, 625 ff.; vgl. auch *Stadler*, FS Schütze (2015), S. 568 ff.; *Halfmeier*, NiPR 2012, 176, 180; *van Lith*, S. 120 ff. Zur Anerkennung US-amerikanischer *class action settlements* in Deutschland eingehend *Höffmann*, S. 316 ff. Die *Rechtbank Amsterdam* anerkannte in der *Ahold*-Entscheidung mit Verweis auf die Ausgestaltung des WCAM die Präklusionswirkung eines genehmigten US-*class action settlement* gegenüber Geschädigten mit Wohnsitz in den Niederlanden, vgl. RB Amsterdam, 23.6.2010, ECLI:NL:RBAMS:BM9324.

⁵⁴¹ Zu den formellen Zustellungsvoraussetzungen 2. Teil, B.II.5.g.

⁵⁴² Vgl. dazu 2. Teil, B.II.5.h. Näher zur Dispositionsfreiheit und zum Anspruch auf rechtliches Gehör 3. Teil, C.II.1 und 2.

aber passiver Geschädigter wird argumentiert, dass mangels einer *opt-out*-Erklärung von einer konkludenten Ermächtigung des Repräsentanten ausgegangen werden könne, wenn dieser nach der Überzeugung (auch) des schweizerischen Gerichts im Interesse der Geschädigten handelte.⁵⁴³ Das schweizerische Recht kennt eine solche Rechtfertigung für die konkludente Ermächtigung eines Vertreters freilich (noch) nicht.⁵⁴⁴

Besonders zweifelhaft sind die Chancen der Anerkennung der Sperrwirkung bei Geschädigten, deren Adressen in der Schweiz nicht bekannt waren und die somit bestenfalls durch Inserate in Medien vom WCAM-Verfahren hätten Kenntnis erlangen können.⁵⁴⁵ Mit Verweis auf die Zulässigkeit der öffentlichen Bekanntmachung als Zustellungsform etwa im Insolvenzverfahren und mit Verweis auf die EGMR-Entscheidungen *Lithgow et al. v. United Kingdom* sowie *Wendenburg et al. v. Germany* wird in der Literatur teilweise die Ansicht vertreten, dass auch die Benachrichtigung über Anzeigen in den Medien *ordre public*-konform sein könnte.⁵⁴⁶ Obschon beim WCAM (wie auch bei anderen Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes) in der Tat offensichtliche Parallelen zum Zwangscharakter des Insolvenzverfahrens bestehen⁵⁴⁷, ist fraglich, ob sich die Rechtfertigung der öffentlichen Bekanntmachung im Insolvenzverfahren ohne weiteres auf Verfahren zur Bewältigung von Massen- und Streuschäden übertragen lässt.⁵⁴⁸ Die öffentliche Bekanntmachung ist in der Schweiz zwar auch im Erkenntnisverfahren als Zustellungsform vorgesehen (Art. 141 ZPO)⁵⁴⁹, darf jedoch nicht leichthin angeordnet werden. Zunächst muss jedenfalls versucht werden, die Adresse durch zumutbare Nachforschungen zu ermitteln.⁵⁵⁰ Wägt man das Interesse des Schädigers an der (globalen) Verbindlichkeit des Gruppenvergleichs gegen das Interesse des Geschädigten an der

⁵⁴³ So mit Blick auf die Bindungswirkung US-amerikanischer *class action settlements* und -Urteilen in der Schweiz Favalli/Matthews, SZIER 2007, 611, 631 ff.; Romy, AJP 1999, 783, 797 f.; Kölz, SZIER 2012, 43, 63 ff.; Perucchi, Anerkennung, S. 77 ff.

⁵⁴⁴ Vgl. dazu auch 3. Teil, C.II.1 und D.IV.1.

⁵⁴⁵ Es geht dabei um Geschädigte, die zwar Kenntnis von ihrem Schaden hatten und sich dementsprechend nicht auf Art. 7:908 Abs. 3 BW berufen können (vgl. dazu 2. Teil, B.II.2.b.cc), die aber möglicherweise nicht über das WCAM-Verfahren unterrichtet wurden.

⁵⁴⁶ EGMR, 8.7.1986, *Lithgow et al. v. United Kingdom*, Ziff. 193 ff.; EGMR, 6.2.2003, *Wendenburg et al. v. Germany*, Ziff. 3; Halfmeier, NiPR 2012, 176, 180 ff.; Halfmeier/Wimalasena, JZ 2012, 649, 652 ff.; Werlauff, ECL 2013, 179, 183 ff.; vgl. zu den beiden EGMR-Entscheidungen auch 3. Teil, C.II.1.b.

⁵⁴⁷ Vgl. Halfmeier, NiPR 2012, 176, 181 f.; Domej, ZJP 125 (2012), 421, 439, m.w.H.

⁵⁴⁸ Dazu ausführlich Stadler, FS Schütze (2015), S. 573 ff.; skeptisch mit Blick auf die öffentliche Bekanntmachung US-amerikanischer *class action*-Verfahren in der Schweiz auch Kölz, SZIER 2012, 43, 69 f.

⁵⁴⁹ Vgl. dazu mit Blick auf die Benachrichtigung bei US-amerikanischen *class actions* auch Perucchi, Anerkennung, S. 89 f.

⁵⁵⁰ Vgl. dazu BGE 129 I 361, E. 2.2; OGer ZH, 2.9.2015, PF150044, E. 3.3 ff.; OGer ZG, 6.8.2014, CAN 2015 S. 87, E. 2.1 f.; BGE 64 III 40, 43 f.; BGE 56 I 89, 95 f.; BK ZPO-Frei,

Wahrung seiner Dispositionsfreiheit und seines rechtlichen Gehörs ab, ist meines Erachtens im Zweifelsfall eher dem Schädiger das Risiko zuzumuten, dass die Anerkennung der Sperrwirkung des Gruppenvergleichs in der Schweiz durch einzelne Geschädigte verhindert werden kann – zumindest dann, wenn sie plausibel behaupten, keine Kenntnis vom WCAM-Verfahren erlangt zu haben.⁵⁵¹

8. Kosten

a) Verteilung der Kosten

Wie in den meisten europäischen Staaten gilt auch in den Niederlanden der Grundsatz, dass die im Zivilprozess unterlegene Partei die Prozesskosten zu tragen hat (Art. 237 Abs. 1 Rv).⁵⁵² Da es in einem WCAM-Verfahren keine obsiegenden und unterliegenden Parteien gibt, ist diese Kostenregelung indes nicht anwendbar. Stattdessen kann der *Gerechtshof Amsterdam* nach Art. 1016 Abs. 2 Rv die Kosten, „die sich aus der Anwendung der Bestimmungen dieses Titels“⁵⁵³ ergeben, einem oder mehreren Antragstellern auferlegen.⁵⁵⁴ Gemeint sind damit die angefallenen Gerichtskosten, etwa die Geschäftsgebühren, die Kosten der Benachrichtigung der Geschädigten (soweit diese nicht ohnehin von den Antragstellern ausgeführt wurde) und die Kosten für externe Gutachten.⁵⁵⁵ Die Verteilung dieser Kosten liegt im Ermessen des Gerichts. Der Schädiger kann demnach einseitig zur Tragung dieser Kosten verpflichtet werden, erklärt sich allerdings bisweilen auch bereits in der Vergleichsvereinbarung dazu bereit.⁵⁵⁶ Demgegenüber können den Geschädigten aufgrund des eindeutigen Wortlauts von Art. 1016 Abs. 2 Rv – es ist ausschließlich von den Antragstellern die Rede – keine Kosten auferlegt werden.⁵⁵⁷

Art. 141 N 8 ff.; *Guldener*, S. 253 f.; zur Nachforschungspflicht im Konkursverfahren KUKO SchKG-Schober, Art. 233 N 2; zur öffentlichen Bekanntmachung bei ausländischem Wohnsitz BGE 129 III 556, E. 4 = Pra 93 (2004) Nr. 13; BGer 22.10.2002, 7B.164/2002, E. 2.

⁵⁵¹ Im Ergebnis gleich mit Blick auf US-amerikanische *class action settlements* und -Urteile *Romy*, AJP 1999, 783, 796 f.; *Kölz*, SZIER 2012, 43, 66 ff.; *Perucchi*, Anerkennung, S. 79 f., 91; vgl. auch *van Lith*, S. 120 ff., S. 94 f.; *Mom*, S. 391; vgl. überdies 3. Teil, C.II.1.e.

⁵⁵² Differenzierend *Mom*, S. 183 f.; *Tuil*, S. 404 f., 415; *van der Grinten*, Policy, S. 424; *Loos*, S. 219 f.

⁵⁵³ Art. 1016 Abs. 2 Rv: „[...] de kosten voortvloeiende uit de toepassing van de bepalingen van deze titel [...]“.

⁵⁵⁴ Vgl. dazu MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 29; *Mom*, S. 374.

⁵⁵⁵ *van Mierlo/van Nispen T&C Rv-van Mierlo*, Art. 1016 N 3.

⁵⁵⁶ Vgl. GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 2.7; GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.32, 8.7.

⁵⁵⁷ *Mom*, S. 375.

Nicht zu den Gerichtskosten gehören die Kosten, welche während des Verfahrens bei den Antragstellern angefallen sind. Dazu zählen in erster Linie die Anwaltskosten, ferner die Kosten für die Benachrichtigung der Geschädigten oder auch für Privatgutachten. Art. 1016 Abs. 2 Rv verweist diesbezüglich jedoch auf die allgemeine Kostenregelung des Antragsverfahrens in Art. 289 Rv, wonach die Entscheidung des Gerichts über den Antrag auch die Prozesskosten umfassen kann – theoretisch könnte das Gericht demnach auch die Anwaltskosten nur einer Partei auferlegen.⁵⁵⁸ In der Praxis einigen sich die Parteien in der Regel aber bereits in der Vergleichsvereinbarung über die Tragung dieser Kosten wie auch über alle weiteren Kosten im Zusammenhang mit der Abwicklung des Massenschadens.⁵⁵⁹ Wie bereits gezeigt, ist es nach der jüngeren Rechtsprechung des *Gerechtshof Amsterdam* zulässig, diese Kosten pauschal aus der vereinbarten Entschädigungssumme zu tilgen. Das Gericht behält sich für diese Fälle aber vor, die Angemessenheit des Anwaltshonorars zu überprüfen.⁵⁶⁰

b) Prozessfinanzierung

Die Prozessfinanzierung erfolgt bei WCAM-Verfahren auf verschiedenen, sich teilweise überlagernden Ebenen. Eine Finanzierungsquelle der Stiftungen und Vereine sind zunächst Mitgliedsbeiträge.⁵⁶¹ Bei großen Gruppen können bereits bescheidene Beiträge zur Finanzierung der Kosten, die der Organisation entstehen, ausreichen: Im *Dexia*-Verfahren betrug der Mitgliedsbeitrag rund 45 € und wurde später rückerstattet, da sich der Schädiger zur Übernahme sämtlicher Kosten verpflichtete.⁵⁶²

Eine zunehmend bedeutende Rolle spielt zudem die Prozessfinanzierung durch Dritte. Rechtsanwälte, die Mitglieder der niederländischen Anwaltskammer sind, ist es nach den Standesregeln zwar verboten, die Rechtsvertretung auf Basis eines Erfolgshonorars anzubieten.⁵⁶³ Dritte, die ihrerseits Rechtsanwälte auf Stundenbasis engagieren, können aber offenbar Prozesse unter Vereinbarung einer Gewinnbeteiligung finanzieren.⁵⁶⁴ Sowohl im *Shell*- als auch im *Converium*-Verfahren ist, zumindest in der Form von zunächst kostenloser Beratungstätigkeit, von einer Prozessfinanzierung durch involvierte US-amerikanische Anwaltskanzleien auszugehen, die bereits *class counsel* der (den

⁵⁵⁸ Vgl. *Mom*, S. 375; van Mierlo/van Nispen T&C Rv-van Mierlo, Art. 1016 N 3.

⁵⁵⁹ Siehe *Mom*, S. 375.

⁵⁶⁰ Vgl. GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 6.5.1; dazu bereits 2. Teil, B.II.4.b.bb.

⁵⁶¹ *van Boom*, S. 189; *Tuil*, S. 409; *Loos*, S. 224 f.

⁵⁶² *Tzankova*, 8 J.L. Econ. & Pol’y 549, 579 (2012); GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 2.7.

⁵⁶³ *Tuil*, S. 407; *van der Grinten*, Policy, S. 422.

⁵⁶⁴ *Tuil*, S. 407 f.; *Tzankova*, 8 J.L. Econ. & Pol’y 549, 573 f. (2012).

beiden WCAM-Verfahren jeweils vorangegangenen) US-amerikanischen *class actions* gewesen waren.⁵⁶⁵ Überdies beteiligten sich an der Gründung der Vertreterorganisation (zumindest finanziell) auch die Schädiger.⁵⁶⁶ Eine Überprüfung dieser hybriden Finanzierungs- und Honorarvereinbarungen nahm der *Gerechtshof Amsterdam* wie erwähnt im Rahmen der Überprüfung der Angemessenheit der Entschädigungssumme vor.⁵⁶⁷ Auch im Zusammenhang mit dem VW-Diesel-Skandal beteiligt sich eine US-amerikanische *class action*-Anwaltskanzlei als Prozessfinanziererin der Stiftungen, die für die Käufer der betroffenen Fahrzeuge und parallel dazu für Aktionäre jeweils einen Gruppenvergleich aushandeln möchten.⁵⁶⁸ Abgesehen davon wurden wie bereits erwähnt im *Dexia*-Verfahren als Konkurrenzangebot zum Gruppenvergleich Individualverfahren ausgetretener Gruppenmitglieder von Dritten finanziert.⁵⁶⁹

Auswirkungen auf WCAM-Verfahren haben zudem Rechtsschutzversicherungen und die unentgeltliche Rechtspflege (Prozesskostenhilfe).⁵⁷⁰ Im *Dexia*-Verfahren wurden die Mitgliedsbeiträge der Geschädigten von Rechtsschutzversicherungen übernommen, da diese ihre eigenen Kosten durch die Delegation der zahlreichen Einzelfälle an die Vertreterorganisationen reduzieren konnten.⁵⁷¹ Überdies spielen Rechtsschutzversicherungen bei der Frage des *opt-out* eine Rolle, da versicherte Geschädigte aus dem Gruppenverfahren austreten und gegebenenfalls ohne Kostenrisiko ein Individualverfahren anstrengen können.⁵⁷² Ähnlich verhält es sich bei der unentgeltlichen Rechtspflege⁵⁷³ – das hat sich im *Dexia*-Fall besonders deutlich gezeigt.⁵⁷⁴ Der damals noch bestehende (zusätzliche) Anreiz zum *opt-out* aufgrund von günstigeren Urteilen, die noch während der *opt-out*-Frist in wiederaufgenommenen Individualverfahren ergingen, sollte allerdings seit der Reform nicht mehr bestehen.⁵⁷⁵

⁵⁶⁵ Vgl. Hensler, Class action, S. 178 ff.; GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 6.5.3, Ziff. 10.4; vgl. dazu auch 3. Teil, D.II.2.a, D.V.3 sowie F.IV.

⁵⁶⁶ Vgl. GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 10.4.

⁵⁶⁷ Vgl. 2. Teil, B.II.4.b.bb.

⁵⁶⁸ Vgl. <www.stichtingvolkswageninvestorsclaim.com/en/about> (7.5.2017); Börsenzeitung v. 17.6.2016, S. 11.

⁵⁶⁹ 2. Teil, B.II.5.c.aa.

⁵⁷⁰ Vgl. zu Rechtsschutzversicherungen in den Niederlanden allgemein Tzankova, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 572 f. (2012); Tuil, S. 407.

⁵⁷¹ Tzankova, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 581 (2012).

⁵⁷² Vgl. Tzankova, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 572 f., 581 f. (2012).

⁵⁷³ Dazu Tuil, S. 406 f.; Tzankova, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 571, 584 f. (2012); van der Grinten, Policy, S. 426.

⁵⁷⁴ Vgl. dazu bereits 2. Teil, B.II.5.c.aa.

⁵⁷⁵ Vgl. 2. Teil, B.II.5.c.aa.

III. Würdigung

Der mit dem niederländischen WCAM verfolgte Ansatz, zahlreiche gleichgerichtete Entschädigungsforderungen ausschließlich über einen vom Gericht für verbindlich erklärten Gruppenvergleich zu bewältigen, ist innovativ und hat alleine schon deswegen in den letzten Jahren viel Aufmerksamkeit auf sich gezogen. In Deutschland, Belgien, Großbritannien und in der Schweiz diente das WCAM bereits als Vorbild für gesetzliche Regelungen und Regelungsentwürfe von Gruppenvergleichsverfahren.⁵⁷⁶ Obschon die zum Teil euphorischen Darstellungen namentlich in der Presse überzogen wirken⁵⁷⁷, lässt sich nicht bestreiten, dass das Verfahren gerade auch bei grenzüberschreitenden Massenschäden eine attraktive Möglichkeit bietet, rasch eine umfassende Lösung mit möglichst vielen Betroffenen zu finden. Wie gezeigt, ist die großzügige Rechtsprechung des *Gerechtshof Amsterdam* zur eigenen internationalen Zuständigkeit indes umstritten. Mit Blick auf die EuGVVO und das Lugano-Übereinkommen hätte sich ein Vorlageverfahren beim EuGH durchaus aufgedrängt – und wäre angesichts aktueller Fälle wie dem bereits rechtshängigen *Fortis*-Verfahren⁵⁷⁸ und den Bemühungen um einen Gruppenvergleich im Zusammenhang mit dem *VW-Diesel-Skandal*⁵⁷⁹ auch weiterhin angezeigt.⁵⁸⁰ Abgesehen von der Frage der Zuständigkeit führt die Etablierung Amsterdams als internationaler Justizstandort für Massenschäden insbesondere in finanzmarktrechtlichen Streitigkeiten zu mehrschichtigen Wechselwirkungen mit US-amerikanischen *class action*-Verfahren.⁵⁸¹ Sollte überdies mit der Einführung eines dem WCAM nachempfundenen Gruppenvergleichsverfahrens Großbritannien tat-

⁵⁷⁶ Vgl. zu Deutschland 2. Teil, C.II; zu Belgien *Voet*, Belgium, S. 95 ff.; zu Großbritannien *Mulheron*, (2016) 35(1) C.J.Q., 14 ff.; zur Schweiz Einleitung, A.

⁵⁷⁷ Vgl. *Tzankova/Hensler*, S. 93 m.Hw. auf eine Titelseite des *Financieele Dagblad*, wonach die Niederlande ein „Paradies“ für die Abwicklung von Massenschäden seien; unkritisch auch *Jelsma/Cordewener*, ILQ 2011, 13 ff.; zurückhaltender etwa *Kortmann/Brendenoord-Spoek*, G.C.L.R. 2011, 13 ff.

⁵⁷⁸ Vgl. 2. Teil, B.I.3.

⁵⁷⁹ Vgl. Einleitung, A.

⁵⁸⁰ Vgl. dazu den Vorschlag bei *van Lith*, S. 152 f.; *Stadler*, NiPR 2013, 483, 487. Offenbar hat die großzügige Handhabung der Zuständigkeitsfrage niederländischer Gerichte eine gewisse Tradition, vgl. *Kramer*, Mass Settlements, S. 81.

⁵⁸¹ Vgl. zum Ausschluss ausländischer Aktionäre aus der US-amerikanischen *class action* in Sachen *Converium: In re SCOR Holding (Switzerland) AG Litigation*, 04 Civ. 7897 (DLC), Opinion and Order, March 6, 2008, pp. 2, 7 ff.; GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 5.2.1; vgl. auch *Morrison et al. v. National Australia Bank Ltd. et al.*, 130 S.Ct. 2869 (2010); *Hensler*, Class action, S. 170 ff.; *Tzankova/van Lith*, Rz. 4.48 ff.; *Kölz*, SZIER 2012, 43, 48 ff.; *Stadler*, ZfPW 2015, 61, 70 f. Zur Frage der Angemessenheit unterschiedlicher Entschädigungen bei einem US-amerikanischen *class action settlement* gegenüber einem WCAM-Gruppenvergleich vgl. GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 6.4.2.

sächlich als konkurrierender Justizstandort zu den Niederlanden etabliert werden⁵⁸², könnte sich das Problem der mangelhaften Koordination und Harmonisierung von Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes innerhalb Europas in Zukunft verschärfen.⁵⁸³

Die gleichwohl überwiegend positive Bewertung des Verfahrens dürfte nicht zuletzt damit zusammenhängen, dass offenbar bei allen (oder jedenfalls der Mehrheit der) abgeschlossenen WCAM-Verfahren die Initiative für die Antragstellung von den Schädigern ausging.⁵⁸⁴ Es verwundert deshalb nicht, dass bisher – ganz im Gegensatz zur mitunter polemisch geführten Diskussion über *blackmail settlements* bei US-amerikanischen *class actions*⁵⁸⁵ – im Zusammenhang mit WCAM-Verfahren vonseiten der Unternehmen keine Missbrauchsvorwürfe vernehmbar sind. Das liegt offenkundig hauptsächlich daran, dass das Gruppenverfahren keine Klagemöglichkeit und damit auch kein ernstzunehmendes Druckmittel bietet. Ebenso wenig überrascht indessen auch, dass Vertreterorganisationen gerade diesen Umstand als größte Schwäche des WCAM bezeichnen.⁵⁸⁶ Weigert sich der Schädiger, in Vergleichsverhandlungen einzutreten, können Vertreterorganisationen zwar seit 2012 bzw. 2013 als Maßnahme eine vorprozessuale Anhörung oder ein Vorlageverfahren beantragen. Offenbar sind diese Instrumente aber nicht immer genügend griffig. Deshalb wird (wieder) über die Revision der Verbandsklage als Schadenersatzklage diskutiert⁵⁸⁷ – die Diskussion über *blackmail settlements* könnte mithin auch in den Niederlanden an Relevanz gewinnen.

Bereits gegenwärtig realistisch ist wohl eher das Problem von *sweetheart deals*⁵⁸⁸ – wie gezeigt, können sich die Schädiger zumindest finanziell an der Gründung der Vertreterorganisation beteiligen. Nicht unproblematisch erscheint überdies die Beteiligung finanzstarker Anwaltsfirmen als Prozessfinanzierer.⁵⁸⁹ Auch wenn bei den abgeschlossenen WCAM-Verfahren bisher nichts auf unzulässige Absprachen zwischen den Schädigern und den Vertreterorganisationen bzw. deren anwaltlichen Vertretern hindeutet, sollte das Gericht

⁵⁸² So Stadler, ZfPW 2015, 61, 78; dies., NiPR 2013, 483, 485.

⁵⁸³ Stadler, ZfPW 2015, 61, 78; vgl. zur unverbindlichen Empfehlung der Kommission bereits Einleitung, A. Sehr schwierig abschätzbar ist, wie sich der unterdessen offiziell in die Wege geleitete Austritt Großbritanniens aus der Europäischen Union auf diesen (mutmaßlichen) Wettbewerb auswirken wird.

⁵⁸⁴ Vgl. Tzankova/Hensler, S. 97 f.; Tzankova, VbR 2015, 178, 179.

⁵⁸⁵ Vgl. 2. Teil, A.II.6.c.

⁵⁸⁶ Tzankova/van Lith, Rz. 4.29; Mom, S. 431.

⁵⁸⁷ Vgl. 2. Teil, B.I.2; vgl. zu den (ursprünglichen) Beweggründen, auf die Schaffung einer Schadenersatzverbandsklage zu verzichten, MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 1 ff., 5 f.

⁵⁸⁸ Zu diesem Begriff 2. Teil, A.II.6.a.aa.

⁵⁸⁹ Vgl. 2. Teil, B.II.8.b.

seine Aufsichtsfunktion namentlich bei solchen hybriden Finanzierungs- und Vertretungskonstellationen konsequent und erkennbar wahrnehmen.⁵⁹⁰

Unabhängig von diesen Fragen zur Missbrauchskontrolle hat die fehlende Klagemöglichkeit die Konsequenz, dass sich das WCAM-Verfahren kaum zur Bewältigung von Streuschäden eignet: Da der Schädiger bei Streuschäden weder zahlreiche Individualklagen noch eine Gruppenklage fürchten muss, hat er keinen Anreiz, sich auf Vergleichsverhandlungen mit Vertreterorganisationen einzulassen.⁵⁹¹ Das kann man, muss man aber nicht unbedingt als Mangel des WCAM bewerten – je nach rechtspolitischen Ansatz mag man es für sinnvoller halten, das Problem von Streuschäden mit anderen Mitteln zu lösen.⁵⁹²

Weitere Probleme zeigen sich unter anderem bei der Regelung der richterlichen Überprüfungscompetenz, bei der Herausforderung, dem Gericht ausreichend verlässliche Informationen über den Sachverhalt und über die Vergleichsvereinbarung zugänglich zu machen, oder bei der Dynamik, die die Konkurrenz mehrerer Vertreterorganisationen erzeugen kann – auf all das ist im dritten Teil näher einzugehen. Bei allen kritischen Aspekten kann sich die bisherige Bilanz des WCAM aber durchaus sehen lassen. Besteht bei den Betroffenen – besonders natürlich beim Schädiger – Vergleichsbereitschaft, bietet das Verfahren einen effizienten Weg verbindlicher konsensualer Streiterledigung.

C. KapMuG-Vergleiche in Deutschland

I. Grundzüge des Musterverfahrens

1. Gesetzgebungsprozess und Charakteristik des Verfahrens

Das im Jahr 2005 geschaffene Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) regelt ein besonderes Verfahren zur Bereinigung von Massenschäden im Bereich des Kapitalmarktrechts. Das Gesetz sollte unter anderem zur Bewältigung von ca. 2 650 Gerichtsverfahren mit ca. 17 000 Klägern beitragen, die wegen Falschinformation⁵⁹³ im Zusammenhang mit den Börsengängen der *Deutschen Telekom* ab 2001 beim Landgericht Frankfurt rechtshängig waren und die zuständige Kammer völlig überlasteten.⁵⁹⁴ Die Geltungsdauer der

⁵⁹⁰ Dazu näher 3. Teil, D.II.2.a und D.V.3.

⁵⁹¹ Vgl. *Hondius/Mom*, S. 176; *Weber/van Boom*, S. 79; *Mom*, S. 320.

⁵⁹² Vgl. dazu bereits 2. Teil, A.III sowie 3. Teil, B.II.1.

⁵⁹³ Der BGH hat unterdessen einen Prospektfehler festgestellt und das Verfahren an die Vorinstanz zurückgewiesen, vgl. BGH, 21.10.2014, NJW 2015, 236, 251; OLG Frankfurt, 30.11.2016, 23 Kap 1/06 (V.-Dt. 8.12.2016).

⁵⁹⁴ Vgl. KK-KapMuG/Hess, Einl. N 19; Stadler, Kapitalmarktmusterverfahren, S. 147 f.; Braun/Rotter, BKR 2004, 296; ausführlich zum Sachverhalt Tilp, FS Krämer (2009), S. 337 ff.; Halfmeier, Litigation, S. 279 ff.

Erstfassung des Gesetzes war zunächst auf fünf bzw. sieben Jahre begrenzt, und es wurde nach einer Evaluation⁵⁹⁵ vollständig revidiert.⁵⁹⁶ Das revidierte Gesetz ist 2012 in Kraft getreten und soll vorerst bis zum Jahr 2020 gelten (§ 28 KapMuG).

Das „Musterverfahren“⁵⁹⁷ des KapMuG unterscheidet sich von anderen Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes vor allem darin, dass das Ergebnis des Musterverfahrens nur gegenüber denjenigen Geschädigten Wirkung entfaltet, die individuell Klage erhoben haben. Von einem Repräsentationsmodell mit Rechtskrafterstreckung nach dem Vorbild der US-amerikanischen *class action* hat der deutsche Gesetzgeber ausdrücklich abgesehen, weil es „den individualistisch geprägten Rechtsschutzgrundsätzen des deutschen Verfassungs- und Prozessrechts zuwiderlaufen“ würde.⁵⁹⁸ Das Musterverfahren wird als Zwischenverfahren⁵⁹⁹ vor einem Gericht zweiter Instanz geführt und ist beschränkt auf die Entscheidung über die sog. Feststellungsziele, d.h. über diejenigen Tat- und Rechtsfragen, welche in sämtlichen gleichgelagerten Rechtsstreitigkeiten von Bedeutung sind. Neben dem Musterkläger und dem Musterbeklagten nehmen sämtliche übrigen Kläger als sog. Beigeladene am Verfahren teil und können dabei vergleichsweise weitreichende Mitwirkungsrechte in Anspruch nehmen. Die Individualverfahren sind während des Musterverfahrens sistiert. Sofern sich die Parteien nicht in einem Gruppenvergleich einigen, fällt das zuständige Gericht einen Musterentscheid, auf dessen Basis anschließend sämtliche Individualverfahren einzeln zum Abschluss gebracht werden.

Das KapMuG ist eine von mehreren gesetzlichen Regelungen kollektiver Rechtsbehelfe im deutschen Recht.⁶⁰⁰ Die Möglichkeiten zur kollektiven Durchsetzung von Ansprüchen auf Geldleistung sind allerdings stark eingeschränkt, bei Verbandsklagen beispielsweise auf Gewinnabschöpfung, wobei der Gewinn größtenteils an den Staat abgeführt werden muss.⁶⁰¹ Damit kommt dem Musterverfahren des KapMuG als Rechtsbehelf, der die Durchsetzung gleichgerichteter Schadenersatzansprüche erleichtern soll, eine Pionierrolle zu.⁶⁰²

⁵⁹⁵ Vgl. *Halfmeier/Rott/Feess*, passim; dazu sehr krit. *Vorwerk*, WM 2011, 817 ff.

⁵⁹⁶ Vgl. Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 13 ff.

⁵⁹⁷ Krit. zur Bezeichnung als Musterverfahren *Vorwerk/Wolf-Wolf/Lange*, Einl. N 26; *Lange*, S. 82 ff.; gl.M. nun auch KK-KapMuG/*Reuschle*, § 9 N 3 f.; a.A: *Stadler*, Durchsetzbarkeit, S. 151; vgl. zu diesem Begriff auch *Schmidt* (in Vorbereitung).

⁵⁹⁸ Begründung KapMuG 2005, Drs. 15/5091, S. 17; so mit gleichem Wortlaut bereits *Meyer*, WM 2003, 1349, 1352.

⁵⁹⁹ KK-KapMuG/*Hess*, Einl. N 5; *Stadler*, Kapitalmarktmusterverfahren, S. 151; vgl. aber auch KK-KapMuG/*Vollkommer*, § 11 N 4.

⁶⁰⁰ Vgl. nur *Hess*, JZ 2011, 66.

⁶⁰¹ Vgl. zu § 10 dUWG etwa *Meller-Hannich/Höland*, Gutachten, S. 147 ff.; *Stadler*, FS Schilken (2015), S. 483 f.; *dies.*, ZIPW 2015, 61, 81; vgl. zum gleichgelagerten Problem bei Aktionärsklagen KK-KapMuG/*Hess*, Einl. N 15.

⁶⁰² Vgl. auch *Bergmeister*, S. 6 f.

2. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des KapMuG ist beschränkt auf Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation sowie auf vertragliche Erfüllungsansprüche nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (§ 1 KapMuG).⁶⁰³ Die enge Begrenzung des Abwendungsbereichs wurde mit dem Pilotcharakter des Gesetzes begründet⁶⁰⁴ und – entgegen anders lautenden Vorschlägen im Schrifttum⁶⁰⁵ – auch in der revidierten Fassung beibehalten, da sich das Gesetz aus Sicht der Bundesregierung zwar bewährt habe, jedoch noch mehr Erfahrung gewonnen werden müsse.⁶⁰⁶

3. Vorlageverfahren vor dem Prozessgericht

Dem Musterverfahren geht ein Vorlageverfahren voraus, in welchem über die Zulässigkeit des Musterverfahrensantrags entschieden wird. Erforderlich ist ein Antrag des Klägers oder des Beklagten⁶⁰⁷, der sich auf die (eigene oder gegnerische) Leistungsklage oder positive Feststellungsklage stützen muss.⁶⁰⁸ Der Antrag muss die Feststellungsziele, die einschlägige öffentliche Kapitalmarktinformation sowie die Beweismittel bezeichnen und die Notwendigkeit der Durchführung eines Musterverfahrens begründen (§ 2 Abs. 2 und Abs. 3 KapMuG). Die Antragsfähigkeit ist beschränkt auf erstinstanzliche Verfahren⁶⁰⁹, sachlich zuständig sind die Landgerichte (§ 2 Abs. 1 KapMuG; § 71 Abs. 2 Nr. 3 GVG). Jedenfalls für Binnensachverhalte⁶¹⁰ ist das Landgericht am Sitz des betroffenen Emittenten, Anbieters oder der Zielgesellschaft ausschließlich zuständig (§ 32b dZPO), was bereits im Vorfeld eines potentiellen Musterverfahrens zu einer örtlichen Verfahrenskonzentration führt.⁶¹¹

⁶⁰³ Zur Erweiterung des Anwendungsbereichs in der Neufassung des Gesetzes vgl. Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 16 f.; Keller/Wigand, ZBB 2011, 373, 377 ff.

⁶⁰⁴ Siehe Begründung KapMuG 2005, Drs. 15/5091, S. 48.

⁶⁰⁵ Vgl. etwa Halfmeier/Rott/Feess, S. 91 ff.; Wanner, passim; vgl. dazu auch Bergmeister, S. 343 f.; Lange S. 293 ff.

⁶⁰⁶ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 14; zustimmend von Hein, S. 140; Wardenbach, GWR 2013, 35, 38.

⁶⁰⁷ Das Verfahren kann nicht von Amtes wegen eingeleitet werden: Stadler, Kapitalmarktmusterverfahren, S. 152; Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 2 KapMuG N 1.

⁶⁰⁸ BGH, 5.11.2015, WM 2015, 2308, 2309 f.; so bereits KK-KapMuG/Kruis, § 1 N 7 ff.; Vorwerk/Wolf-Vorwerk, § 1 KapMuG N 14 f.; a.A. Müller, D., GWR 2015, 221 ff.; Begründung KapMuG 2005, Drs. 15/5091, S. 20.

⁶⁰⁹ Dazu KK-KapMuG/Kruis, § 2 N 8 ff.

⁶¹⁰ Vgl. dazu KK-KapMuG/Hess, § 32b dZPO N 4.

⁶¹¹ Dazu Begründung KapMuG 2005, Drs. 15/5091, S. 33 f.; KK-KapMuG/Hess, § 32b dZPO N 3. Zum Problem der (übermäßigen) Belastung einzelner Gerichte Stackmann, NJW 2010, 3185, 3188 f.; KK-KapMuG/Hess, § 32b dZPO N 2.

Ist der Musterverfahrensanzug zulässig, soll er grundsätzlich innerhalb von sechs Monaten in einem Klageregister veröffentlicht werden (§ 3 Abs. 3 KapMuG).⁶¹² Mit der Veröffentlichung wird zugleich das Individualverfahren des Antragstellers sistiert (§ 5 KapMuG). Wurden innerhalb von sechs Monaten nach der ersten Bekanntmachung mindestens neun weitere gleichgelagerte Musterverfahrensanzüge⁶¹³ bekannt gemacht, trifft das Prozessgericht nach § 6 KapMuG einen Vorlagebeschluss, um die Sache an das Oberlandesgericht zu überweisen; dort kommt es anschließend zum eigentlichen Musterverfahren. Mit der Bekanntmachung des Vorlagebeschlusses werden von Amtes wegen sämtliche Verfahren vor erster und zweiter Instanz⁶¹⁴, die vom Ergebnis des Musterverfahrens „abhängig“⁶¹⁵ sind, bis zum formell rechtskräftigen Entscheid des Oberlandesgerichts ausgesetzt. Sistiert werden auch diejenigen Verfahren, in welchen kein Musterfeststellungsanzug gestellt wurde oder die zeitlich erst nach der Überweisung ans Oberlandesgericht anhängig gemacht wurden (§ 8 Abs. 1 KapMuG).⁶¹⁶ Abgesehen von Verfahren, die bereits entscheidungsreif sind⁶¹⁷, kann die Aussetzung nur durch (erfolgreiche) Beschwerde⁶¹⁸ oder durch Klagerückzug innerhalb eines Monats ab Zustellung des Aussetzungsbeschlusses abgewendet werden (§ 8 Abs. 2 KapMuG).⁶¹⁹ Ein Austrittsrecht (*opt-out*) existiert in diesem Verfahrensstadium⁶²⁰ nicht.⁶²¹ Die damit verbundene Einschränkung der Dispositionsfreiheit liegt nach herrschender Lehre – wenn auch z.T. mit Vorbehalten – im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen, da sie nur diejenigen Kläger betrifft, die bereits aus freiem Willen ein Individualverfahren angestrengt haben.⁶²² Im Übrigen hat die erzwungene Beteiligung der Kläger der ausgesetzten Individualverfahren zur Folge, dass sie

⁶¹² Die Vorschrift soll zur Beschleunigung der Verfahren beitragen, vgl. Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 15, 18 f.; *Rotter*, VuR 2011, 443, 445; krit. zur Frist aus der Sicht des Beklagten *Schneider/Heppner*, BB 2012, 2703, 2706.

⁶¹³ Möglich ist auch, dass mindestens 10 einfache Streitgenossen *einen* Musterverfahrensanzug stellen, vgl. BGH, 21.4.2008, NJW 2008, 2187 f.

⁶¹⁴ Nicht erfasst werden Revisionsverfahren vor dem BGH: BGH, 15.7.2014, NJW 2014, 3362, 3363; KK-KapMuG/*Kruis*, § 8 N 3 ff.

⁶¹⁵ Zu diesem Begriff näher KK-KapMuG/*Kruis*, § 8 N 28 ff.

⁶¹⁶ *Stadler*, Kapitalmarktmusterverfahren, S. 153.

⁶¹⁷ Vgl. BGH, 28.1.2016, BeckRS 2016, 03678, Rz. 14 f.; BGH, 2.12.2014, NJW-RR 2015, 299, 300; vgl. dazu auch KK-KapMuG/*Kruis*, § 8 N 32.

⁶¹⁸ § 567 Abs. 1 Nr. 1 dZPO i.V.m. § 252 dZPO; dazu KK-KapMuG/*Kruis*, § 8 N 65 ff.

⁶¹⁹ Dabei ist der Kläger ausnahmsweise nicht auf die Einwilligung des Beklagten angewiesen, vgl. KK-KapMuG/*Kruis*, § 8 N 61. Krit. zur Frist *Schneider/Heppner*, BB 2012, 2703, 2707; dazu auch Prütting/*Gehrlein-Halfmeier*, § 8 KapMuG N 8.

⁶²⁰ Vgl. aber zum *opt-out*-Recht im Gruppenvergleichsverfahren 2. Teil, C.II.6.

⁶²¹ Dazu krit. KK-KapMuG/*Kruis*, § 8 N 1; *Schneider/Heppner*, BB 2012, 2703, 2710; *Hess*, WM 2004, 2329, 2330 f.

⁶²² KK-KapMuG/*Kruis*, § 8 N 2; KK-KapMuG/*Reuschle*, § 9 N 6; *Leufgen*, S. 199 ff.; *Lange*, S. 142; *Leser*, S. 94 f.; differenzierend *Bergmeister*, S. 237, S. 280 ff.; a.A. wohl

einen Teil der Kosten des Musterverfahrens tragen müssen.⁶²³ Auf diesen Aspekt ist im Aussetzungsbeschluss ausdrücklich hinzuweisen (§ 8 Abs. 3 Ziff. 1 KapMuG).

4. Musterverfahren vor dem Oberlandesgericht

Aus dem Kreis der Kläger bestimmt das Oberlandesgericht unter Berücksichtigung der „Eignung“ des Klägers, der Präferenzen der Gruppe und der Höhe des Anspruchs nach billigem Ermessen einen Musterkläger, der das Verfahren führen soll (§ 9 Abs. 2 KapMuG).⁶²⁴ Alle anderen Kläger gelten als Beigeladene, weitere Beklagte als Musterbeklagte (§ 9 Abs. 3 und Abs. 5 KapMuG). Geschädigte, die keine Klage erhoben haben und deshalb nicht beigeladen werden, können innerhalb von sechs Monaten seit Bekanntmachung des Musterverfahrens ihre Ansprüche beim Oberlandesgericht anmelden (sog. Anmelder; § 10 Abs. 2 KapMuG). Durch diese (erst kurz vor Abschluss der Revision des KapMuG eingeführten⁶²⁵) Beteiligungsform können Anspruchssteller für die Dauer des Musterverfahrens die Verjährung unterbrechen (§ 204 Abs. 1 Nr. 6a BGB), ohne selbst Klage zu erheben und damit das volle Kostenrisiko einzugehen.⁶²⁶ Freilich unterliegt die Anmeldung dem Anwaltszwang.⁶²⁷ Anmelder sind nicht aktiv am Verfahren beteiligt und werden von der rechtlichen Bindungswirkung des Musterentscheids oder eines Gruppenvergleichs nicht erfasst.⁶²⁸

Das Verfahren vor dem Oberlandesgericht richtet sich im Wesentlichen nach der dZPO (§ 11 Abs. 1 KapMuG), erfordert vom Gericht aber in vielerlei

Schneider/Heppner, BB 2012, 2703, 2710. In diesem Zusammenhang wird teilweise übersehen, dass die Entscheidungsfreiheit des Klägers mit Blick auf die Klageeinreichung jedenfalls faktisch dadurch eingeschränkt ist, dass seine Ansprüche sowohl bei einem vorläufigen Verzicht auf Klageeinreichung als auch bei einer Rücknahme der Klage gestützt auf § 8 Abs. 2 KapMuG zu verjähren drohen (darauf hinweisend *Bergmeister*, S. 281 f.; KK-KapMuG/*Hess*, Einl. N 33). Das Verjährungsrisiko wird seit der Revision des KapMuG insofern abgeschwächt, als zumindest diejenigen Kläger, die noch keine Klage erhoben haben, die Verjährung durch Anmeldung ihres Anspruchs unterbrechen können (§ 10 Abs. 2 KapMuG), dazu sogleich 2. Teil, C.I.4.

⁶²³ Vgl. dazu 2. Teil, C.I.5.

⁶²⁴ Vgl. etwa OLG Frankfurt a.M., 11.5.2015, 23 Kap 1/14 (V.-Dt. 18.5.2015).

⁶²⁵ Vgl. Beschlussempfehlung KapMuG 2012, Drs. 17/10160, S. 10, S. 25 f.

⁶²⁶ Beschlussempfehlung KapMuG 2012, Drs. 17/10160, S. 25 f.; dazu krit. *Schneider/Heppner*, BB 2012, 2703, 2712 f.; *von Bernuth/Kremer*, NZG 2012, 890 ff.; *Wardenbach*, GWR 2013, 35, 37; a.A. *Halfmeier*, DB 2012, 2145, 2147; *Söhner*, ZIP 2013, 7, 12.

⁶²⁷ KK-KapMuG/*Reuschle*, § 10 N 13; dazu krit. KK-KapMuG/*Hess*, Einl. N 67 (dort Fn. 294).

⁶²⁸ Beschlussempfehlung KapMuG 2012, Drs. 17/10160, S. 25; *Prütting/Gehrlein-Halfmeier*, § 10 KapMuG N 1, N 7. Der Musterentscheid kann aber eine faktische Bindungswirkung gegenüber den Anmeldern haben: KK-KapMuG/*Hess*, Einl. N 30 f.; *von Bernuth/Kremer*, NZG 2012, 890, 891.

Hinsicht eine aktive, über das übliche Maß hinausgehende Verfahrensleitung.⁶²⁹ Musterkläger und Musterbeklagter führen das Verfahren vor dem Oberlandesgericht grundsätzlich als Zweiparteiprozess⁶³⁰, an dem sich die übrigen Kläger als Beigeladene ähnlich wie einfache Nebenintervenienten i.S.v. § 67 dZPO beteiligen können: Sie nehmen das Verfahren in der Lage an, in der es sich zum Zeitpunkt der Aussetzung des von ihnen geführten Rechtsstreits befindet und können alle Prozesshandlungen vornehmen, soweit ihre Erklärungen und Handlungen nicht im Widerspruch zur Prozessführung des Musterklägers stehen (§ 14 KapMuG).⁶³¹ Die Bestimmung ermöglicht nur, aber immerhin unterstützende Prozesshandlungen zugunsten des Musterklägers, der über einen – gegebenenfalls über seinen persönlichen Anspruch hinausgehenden, vom Gericht erweiterten⁶³² – Streitgegenstand prozessiert.⁶³³ Die Grundrechtskonformität und Zweckmäßigkeit der besonderen Rechtsstellung der Beigeladenen ist in der Literatur einer der Hauptstreitpunkte; nach wohl überwiegender Auffassung wahrt sie (gerade noch) den Anspruch der Beigeladenen auf rechtliches Gehör und wird als Versuch eines Mittelwegs zwischen der Gewährung umfassender Teilnahmerechte und deren noch weiter gehendem Ausschluss im Interesse der Verfahrenseffizienz wenn auch nicht begrüßt, so zumindest hingenommen.⁶³⁴ Die Beschränkung auf Prozesshandlungen, die nicht im Widerspruch zu denjenigen des Musterklägers stehen, wird teilweise ausgeglichen durch § 22 Abs. 3 KapMuG, wonach der Musterentscheid keine Bindungswirkung entfaltet gegenüber Beigeladenen, die aufgrund des Verfahrensstandes zur Zeit ihrer Beiladung, aufgrund der Prozesshandlungen des Muster-

⁶²⁹ KK-KapMuG/Vollkommer, § 12 N 9, § 11 N 46 und N 95 ff.

⁶³⁰ KK-KapMuG/Hess, Einl. N 61, N 75; KK-KapMuG/Vollkommer, § 11 N 5.

⁶³¹ Begründung KapMuG 2005, Drs. 15/5091, S. 28; vgl. dazu auch KK-KapMuG/Hess, Einl. N 73 f.

⁶³² Der Streitgegenstand bzw. die Feststellungsziele werden vorerst vom Kläger im Musterverfahrensantrag definiert, können aber im Vorlagebeschluss des Landgerichts (§ 6 KapMuG) und auch noch im Verfahren vor dem Oberlandesgericht – dort auf Antrag – erweitert werden (§ 15 KapMuG), vgl. KK-KapMuG/Hess, Einl. N 62 und N 71; KK-KapMuG/Vollkommer, § 15 N 5 f.

⁶³³ Vgl. KK-KapMuG/Hess, § 22 N 18; KK-KapMuG/Reuschle, § 14 N 16. Im Telekom-Fall blieben die Beigeladenen aber offenbar weitgehend untätig, vgl. Tilp, FS Krämer (2009), S. 358 f.

⁶³⁴ Vgl. Schilken, FS Picker (2010), S. 720 ff.; Lüke, ZZP 119 (2006), 131, 155 ff.; KK-KapMuG/Reuschle, § 14 N 15 f.; Stadler, Kapitalmarktmusterverfahren, S. 155; KK-KapMuG/Hess, § 22 N 18; Wanner, S. 171 ff.; skeptisch Vorwerk/Wolf-Wolf/Lange, Einl. N 36 ff.; Bergmeister, S. 319 f.; die Rechtsstellung der Beigeladenen als verfassungswidrig beurteilend Maier-Reimer/Wilsing, ZGR 2006, 79, 112 f.; Rößler, S. 174 ff.

klägers oder aufgrund böswillig oder grobfahrlässig unterlassener Prozesshandlungen des Musterklägers keinen Einfluss auf das Ergebnis des Musterentscheids nehmen konnten.⁶³⁵

Das Verfahren vor dem Oberlandesgericht wird entweder durch Musterentscheid oder gerichtlichen Gruppenvergleich beendet (§ 16 und § 17 KapMuG). Ergeht ein Musterentscheid, ist dieser mit Rechtsbeschwerde zum BGH anfechtbar (§ 20 KapMuG, § 574 Abs. 1 ZPO, § 133 GVG). Gegenüber den Individualverfahren der Beigeladenen entfaltet der Musterentscheid eine an der Interventionswirkung i.S.v. § 68 dZPO orientierte, aber darüber hinausgehende Bindungswirkung: Sie wirkt nicht nur zuungunsten, sondern auch zugunsten der Beigeladenen und überdies nicht nur gegenüber der unterstützten Partei (dem Musterkläger), sondern auch gegenüber den Beklagten des Musterverfahrens.⁶³⁶ Mit Eintritt der formellen Rechtskraft des Musterentscheids werden sämtliche bis dahin sistierten Individualverfahren vor den Prozessgerichten fortgesetzt und unter Berücksichtigung der Feststellungen im Musterentscheid entschieden (§ 22 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KapMuG). Einigen sich die Parteien demgegenüber in einem gerichtlichen Vergleich, beendet dieser nach §§ 17–19 und § 23 KapMuG nicht nur das Musterfahren, sondern zugleich auch sämtliche Individualverfahren.

5. Kosten

Da in KapMuG-Verfahren die Geschädigten individuell Klage erheben, tragen sie das volle Kostenrisiko ihres Individualverfahrens⁶³⁷, soweit nicht eine Rechtsschutzversicherung oder ein Prozessfinanzierer involviert ist.⁶³⁸ Die ihnen durch das Musterverfahren entstehenden Kosten werden gemäß § 24 Abs. 1 KapMuG als Kosten ihres Individualverfahrens behandelt. Gleiches gilt für die dem Musterbeklagten entstehenden Kosten, wobei sich die Kostenanteile nach der Höhe der gegen ihn geltend gemachten Ansprüche richten (§ 24 Abs. 2 KapMuG). Für die Kosten des Individualverfahrens und für den jeweiligen Anteil an den Kosten des Musterverfahrens gilt der allgemeine Grundsatz, wonach die unterliegende Partei neben den eigenen auch die dem Gegner

⁶³⁵ Vgl. KK-KapMuG/Hess, § 22 N 16 ff.; Lüke, ZJP 119 (2006), 131, 156; Schilken, FS Picker (2010), S. 723 f.; Bergmeister, S. 225 f.

⁶³⁶ Begründung KapMuG 2005, Drs. 15/5091, S. 17, S. 31; Meller-Hannich, ZBB 2011, 180, 188. Die dogmatische Einordnung der Bindungswirkung ist umstritten, vgl. nur KK-KapMuG/Hess, § 22 N 10 ff.

⁶³⁷ Stadler, Kapitalmarktmusterverfahren, S. 159.

⁶³⁸ Zum Ausschluss von Schadenersatzansprüchen, die im Rahmen des KapMuG geltend gemacht werden können, in den Versicherungsbedingungen Bergmeister, S. 306; Vorwerk, WM 2011, 817, 823; zur Beteiligung von Prozessfinanzierern Halfmeier/Rott/Feess, S. 41, 76; Habersack/Mülbert/Schlitt-Schmitz, § 33 N 41 f.

erwachsenen Kosten zu tragen hat (§ 91 dZPO).⁶³⁹ Über die Kostentragung entscheiden jeweils die Landgerichte (§ 16 Abs. 2 KapMuG).

Seit der Reform des KapMuG kann der Anwalt des Musterklägers beim Oberlandesgericht eine besondere Gebühr beantragen, wenn sein Aufwand im Vergleich zum Aufwand der Vertreter der beigeladenen Kläger höher ist und für die beigeladenen Kläger einen erkennbaren Vorteil bringt (§ 41a Abs. 1 RVG).⁶⁴⁰ Die Gebühr wird zunächst aus der Staatskasse entrichtet, anschließend aber den Individualverfahren als Kosten des Musterverfahrens angerechnet.⁶⁴¹ In der Literatur wird kritisiert, dass der niedrig angesetzte Gebührensatz und die Deckelung der Gebühr⁶⁴² keine angemessene Vergütung des oft erheblichen Aufwands des Musterklägers bzw. seines Anwalts gewährleisten.⁶⁴³

II. Gruppenvergleich nach dem KapMuG

1. Regelung und Praxis des Vergleichs im KapMuG 2005

Als ein zentraler Aspekt der Reform von 2012 wurde die Regelung des Vergleichs im KapMuG umfassend erneuert. Der Vergleich stellt nunmehr eine realistische Alternative zum Musterentscheid dar und soll von den Oberlandesgerichten in den Musterverfahren gefördert werden.⁶⁴⁴ Im Entwurf zum KapMuG 2005 war die Beendigung des Musterverfahrens durch Vergleich ursprünglich nicht vorgesehen, weil befürchtet wurde, dass der Musterkläger mit dem Musterbeklagten eine für die Beigeladenen nachteilige Vereinbarung schließen könnte.⁶⁴⁵ Stattdessen erhoffte man sich, dass nach dem Musterentscheid womöglich die ausgesetzten Verfahren durch Vergleich beendet würden.⁶⁴⁶ Auf Bestreben des Bundesrates hin wurde der Gruppenvergleich als Rechtsschutzalternative zum Musterentscheid schließlich doch noch in die Erstfassung des Gesetzes aufgenommen, seine Wirksamkeit allerdings von der Zustimmung sämtlicher Beteiligten des Musterverfahrens abhängig gemacht (§ 14 Abs. 3 KapMuG 2005).⁶⁴⁷ In der Evaluation und im Schrifttum wurde kritisiert, dass das Erfordernis der ausnahmslosen Zustimmung den Abschluss

⁶³⁹ KK-KapMuG/Kruis, § 24 N 1; Bergmeister, S. 223.

⁶⁴⁰ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 28 f.; KK-KapMuG/Kruis, RVG N 12 f.

⁶⁴¹ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 28.

⁶⁴² Der Gebührensatz beträgt 0,3, die Maximalgebühr 27 449 €, vgl. § 41a Abs. 1 RVG; Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 29.

⁶⁴³ Keller/Wigand, ZBB 2011, 373, 392 f.; Fölsch, NJW 2013, 507, 510; Wigand, AG 2012, 845, 854; Rotter, VuR 2011, 443, 449; KK-KapMuG/Hess, Einl. N 77.

⁶⁴⁴ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24.

⁶⁴⁵ Vgl. Begründung KapMuG 2005, Drs. 15/5091, S. 29. Alternative Regelungsvorschläge wurden im Gesetzgebungsprozess aber durchaus präsentiert, vgl. Vorwerk/Wolf-Wolf, § 14 N 20.

⁶⁴⁶ Stadler, VbR 2015, 145, 148.

⁶⁴⁷ Siehe Begründung KapMuG 2005, Drs. 15/5091, S. 46; Beschlussempfehlung KapMuG 2005, Drs. 15/5695, S. 25; Zeising, WM 2011, 774, 775.

eines gerichtlichen Vergleichs faktisch verunmöglicht habe.⁶⁴⁸ Tatsächlich fand die auch in anderer Hinsicht problematische⁶⁴⁹ Bestimmung in der Praxis keine Anwendung. Freilich kam es in KapMuG-Verfahren durchaus zu Vergleichsabschlüssen mancher Verfahrensbeteiligter, jedoch nicht gestützt auf § 14 Abs. 3 KapMuG 2005, sondern als außergerichtliche oder gerichtliche Zweiparteienvergleiche gestützt auf § 779 BGB und gegebenenfalls § 278 Abs. 6 dZPO.⁶⁵⁰

2. Überblick zur Neuregelung und ihrer Anwendung in der Praxis

Der Vergleich ist nunmehr in §§ 17–19 KapMuG und § 23 KapMuG geregelt. Der Gesetzgeber verfolgt dabei einen neuen Ansatz, dem das niederländische WCAM als Vorbild diene.⁶⁵¹ Der Gruppenvergleich bedarf nicht mehr der Zustimmung sämtlicher Verfahrensbeteiligter, wohl aber der Genehmigung des Gerichts. Anders als ein Musterentscheid beendet der Gruppenvergleich nicht nur das Musterverfahren, sondern auch sämtliche Ausgangsverfahren. Er ermöglicht damit eine zügige, umfassende Lösung des Rechtsstreits. Nach der gerichtlichen Genehmigung besteht die Möglichkeit eines *opt-out*. Machen davon mehr als 30 Prozent der Beigeladenen Gebrauch, ist der Vergleich unwirksam und das Musterverfahren wird fortgesetzt.⁶⁵²

Soweit ersichtlich ist das Verfahren *Schmid u.a. v. Constantin Medien AG* (vormals *EM.TV*) u.a.⁶⁵³ das bisher einzige Musterverfahren, das gestützt auf §§ 17–19 KapMuG und § 23 KapMuG durch Gruppenvergleich beendet worden ist.

⁶⁴⁸ Siehe *Halfmeier/Rott/Feess*, S. 55; *Bergmeister*, S. 288 ff.; *Dittrich*, S. 14; *Keller/Wigand*, ZBB 2011, 373, 382, m.w.H.; vgl. demgegenüber *Contratto*, SZW 2009, 176, 188 (die strenge Zustimmungs-Voraussetzung in § 14 Abs. 3 KapMuG 2005 erhöhe die Rechtssicherheit für alle Beteiligten).

⁶⁴⁹ Vgl. *Vorwerk/Wolf-Wolf*, § 14 N 19 ff.; *Zeising*, WM 2011, 774, 775.

⁶⁵⁰ Vgl. OLG München, 23.3.2010, KAP 1/07 (V.-Dt. 25.3.2010); KG Berlin, 11.2.2009, 24 Kap 15/07 (V.-Dt. 16.2.2009); KG Berlin, 18.5.2009, 24 Kap 4/08 (V.-Dt. 26.5.2009); vgl. zur Zulässigkeit des Zweiparteienvergleichs KK-KapMuG/*Vollkommer*, § 11 N 40; KK-KapMuG/*Reuschle*, § 17 N 12; *Vorwerk/Wolf-Wolf*, § 14 N 22.

⁶⁵¹ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 14 f.; vgl. die entsprechende Anregung bei *Halfmeier/Rott/Feess*, S. 99 ff.

⁶⁵² Vgl. für eine graphische Darstellung des typischen Verfahrensablaufs Anhang 1 (S. 220).

⁶⁵³ OLG München, 7.11.2014, 5 Kap 2/09 (*Constantin Medien*) (V.-Dt. 12.11.2014); OLG München, 15.9.2014, 5 Kap 2/09 (*Constantin Medien*) (V.-Dt. 18.9.2014), vgl. dazu auch Anhang 2 (S. 223).

3. Zustandekommen des Vergleichs

a) Rolle der Kläger, der Anmelder und des Gerichts

Nach § 17 Abs. 1 KapMuG kann der schriftliche Vorschlag für einen Vergleich entweder gemeinsam vom Musterkläger und Musterbeklagten oder vom Gericht vorgelegt werden.

Auf der Seite der Kläger führt grundsätzlich der Musterkläger die Vergleichsverhandlungen.⁶⁵⁴ Nur er kann der Vergleichsvereinbarung zustimmen, da nur er mit Blick auf das Musterverfahren⁶⁵⁵ dispositionsbefugt ist.⁶⁵⁶ Den Beigeladenen kann es aber ermöglicht werden, der Vergleichsvereinbarung bereits vor der gerichtlichen Genehmigung beizutreten.⁶⁵⁷

Im Vergleich zum streitigen Musterverfahren, das der Musterkläger in erster Linie im eigenen Interesse führt⁶⁵⁸, verändert das Gruppenvergleichsverfahren die Rolle des Musterklägers insofern, als er unmittelbar (wiewohl provisorisch) über die Ansprüche der Beigeladenen verfügt⁶⁵⁹ und damit mit Blick auf die Wahrung ihrer Interessen eine gesteigerte Verantwortung trägt.⁶⁶⁰ Vertritt der Musterkläger die Interessen der Beigeladenen in den Vergleichsverhandlungen nur ungenügend, können diese beim Gericht die Abberufung des Musterklägers beantragen (§ 9 Abs. 4 KapMuG).⁶⁶¹

Geschädigte, die ihre Ansprüche nur gestützt § 10 Abs. 2 KapMuG anmelden, werden von der Bindungswirkung eines Gruppenvergleichs grundsätzlich nicht erfasst.⁶⁶² Es steht ihnen aber frei, als Ergänzung zum gerichtlichen Grup-

⁶⁵⁴ Eine Beteiligung der Rechtsvertreter der Beigeladenen an den Verhandlungen erscheint freilich v.a. bei kleineren Musterverfahren nicht ausgeschlossen. Ein Anspruch der Beigeladenen auf Einbezug in die Vergleichsverhandlungen lässt sich aus der „kollektiven Verhandlungsmaxime“ (vgl. dazu KK-KapMuG/Vollkommer, § 11 N 43, N 48) aber wohl nicht ableiten. Vgl. aber zum Anhörungsrecht 2. Teil, C.II.5.c.

⁶⁵⁵ Zur Dispositionsfähigkeit des Musterklägers und der Beigeladenen mit Blick auf einen Zweiparteienvergleich KK-KapMuG/Vollkommer, § 11 N 40; KK-KapMuG/Reuschle, § 17 N 12; Vorwerk/Wolf-Wolf, § 14 N 22.

⁶⁵⁶ KK-KapMuG/Reuschle, § 17 N 2, § 9 N 75; vgl. dazu auch Wigand, ZBB 2012, 194, 200 f.; vgl. zur Dispositionsbefugnis über den Streitgegenstand näher 2. Teil, C.II.4.a.

⁶⁵⁷ Vgl. OLG München, 5 Kap 2/09 (Constantin Medien), Vergleichsvorschlag vom 26.6.2014 (V.-Dt. 4.7.2014), Abschnitt I.2. Mit dem Beitritt kann eine Verzichtserklärung mit Blick auf das Austrittsrecht einhergehen, vgl. dazu 2. Teil, C.II.6.

⁶⁵⁸ Vgl. Maier-Reimer/Wilsing, ZGR 2006, 79, 108; KK-KapMuG/Hess, Einl. N 75 ff.; Bergmeister, S. 213 f.; vgl. aber auch KK-KapMuG/Vollkommer, § 11 N 48.

⁶⁵⁹ Dazu näher 2. Teil, C.II.4.a.

⁶⁶⁰ Vgl. Wigand, ZBB 2012, 194, 200 f.; dazu (mit Blick auf den Musterentscheid) auch KK-KapMuG/Hess, Einl. N 77.

⁶⁶¹ Dazu KK-KapMuG/Reuschle, § 9 N 67.

⁶⁶² Vgl. dazu bereits 2. Teil, C.I.4.

penvergleich einen außergerichtlichen, rein materiellrechtlichen Gruppenvergleich mit dem Schädiger zu schließen, vorausgesetzt, dieser lässt sich darauf ein.⁶⁶³

Das Oberlandesgericht hat gemäß § 11 Abs. 1 KapMuG (*e contrario*) § 278 Abs. 1 dZPO zu beachten, wonach es während des gesamten Musterverfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits hinwirken soll.⁶⁶⁴ Eine obligatorische Güteverhandlung nach den Vorschriften von § 278 Abs. 2–5 dZPO ist nicht vorgesehen (§ 11 Abs. 1 KapMuG).⁶⁶⁵ Stattdessen kann das Oberlandesgericht während des gesamten Musterverfahrens selber eine oder mehrere Güteverhandlungen abhalten.⁶⁶⁶ Möglich ist auch, den Vergleich ausschließlich im schriftlichen Verfahren herbeizuführen (§ 11 Abs. 1 KapMuG [*e contrario*] i.V.m. § 278 Abs. 6 dZPO).⁶⁶⁷ Unterbreitet das Gericht einen Vergleichsvorschlag, kommt die Vereinbarung nur zustande, wenn ihr Musterkläger und Musterbeklagter vorbehaltlos zustimmen.⁶⁶⁸ Werden Vorbehalte von einer oder beiden Parteien geltend gemacht, kann das Gericht einen neuen Vergleichsvorschlag vorlegen oder einen Güte- bzw. Verhandlungstermin ansetzen.⁶⁶⁹

b) Sachverhaltsermittlung

Der Kenntnisstand der Parteien bei den Vergleichsverhandlungen setzt sich zusammen aus den in den Ausgangsverfahren und dem Musterverfahren gesammelten Informationen zum Sachverhalt.⁶⁷⁰ Die Sachverhaltsermittlung im Musterverfahren ist allerdings im Wesentlichen auf den in den Feststellungszielen definierten Streitgegenstand beschränkt, was den Beteiligten die Beurteilung der Chancen und Risiken einer gerichtlichen Entscheidung der Rechtsstreitigkeit gegenüber den Chancen und Risiken eines Gruppenvergleichs erschweren kann.⁶⁷¹ Immerhin können aber die Beigeladenen den Musterkläger bei der Sachverhaltsermittlung unterstützen⁶⁷² und auf diese Weise, selbst wenn sie an den Vergleichsverhandlungen nicht unmittelbar beteiligt sind, auf klägerischer Seite zu einem besseren Kenntnisstand beitragen.

⁶⁶³ Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 17 KapMuG N 7; von Bernuth/Kremer, NZG 2012, 890, 892.

⁶⁶⁴ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24.

⁶⁶⁵ Vgl. Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 22.

⁶⁶⁶ Vgl. KK-KapMuG/Reuschle, § 17 N 19.

⁶⁶⁷ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 22; KK-KapMuG/Reuschle, § 17 N 11.

⁶⁶⁸ Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 17 KapMuG N 2; vgl. auch KK-KapMuG/Reuschle, § 17 N 20.

⁶⁶⁹ Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 17 KapMuG N 2; Zöller/Greger, § 278 N 34b.

⁶⁷⁰ Zur Stoffsammlung und Präklusion im Musterverfahren KK-KapMuG/Vollkommer, § 12 N 36 ff.

⁶⁷¹ Schneider/Heppner, BB 2012, 2703, 2711; Keller/Wigand, ZBB 2011, 373, 383.

⁶⁷² KK-KapMuG/Vollkommer, § 11 N 102 f.

c) Rechtsnatur des Vergleichsvorschlags

Aus materiellrechtlicher Sicht schließen der Musterkläger und der Musterbeklagte wohl einen Vertrag unter Genehmigungsvorbehalt⁶⁷³ i.S. einer Rechtsbedingung.⁶⁷⁴ Die Wirksamkeit des Vertrags hängt von der gerichtlichen Genehmigung und von der Beteiligungsquote der Beigeladenen ab.⁶⁷⁵ Mit Blick auf die prozessuale Wirkung ist umstritten, ob der Gruppenvergleich einen Vollstreckungstitel schafft.⁶⁷⁶

4. Inhalt des Vergleichs

Im Vergleich zum niederländischen WCAM⁶⁷⁷ sind die Vorgaben in § 17 KapMuG zum Inhalt der Vergleichsvereinbarung der Parteien auffallend moderat geregelt. Laut Gesetzesbegründung soll die Dispositionsfreiheit der Parteien mit Blick auf die Gestaltung des Vergleichsinhalts „nicht beeinträchtigt“ werden.⁶⁷⁸

a) Erfasster Streitgegenstand: Vorgaben aus § 17 Abs. 1 KapMuG

Nach § 17 Abs. 1 KapMuG soll der Gruppenvergleich zur Beendigung des Musterverfahrens und der Ausgangsverfahren führen. Daraus ergibt sich, dass die Vergleichsvereinbarung – im Unterschied zum Musterentscheid, dessen Streitgegenstand auf die Entscheidung über die Feststellungsziele beschränkt ist – jeweils den gesamten Streitgegenstand aller rechtshängigen Ausgangsverfahren erfassen soll. Entgegen der (an sich anwendbaren) Bestimmung von § 278 Abs. 1 Fall 2 dZPO wäre deshalb ein Teilvergleich über ausgewählte Streitpunkte im Rahmen von § 17 KapMuG nicht genehmigungsfähig.⁶⁷⁹

Den Kern der Vergleichsvereinbarung bildet in der Regel die Erklärung des Schädigers, ohne Anerkennung der gegen ihn geltend gemachten Ansprüche eine bestimmte (Geld-)Leistung an die Kläger zu erbringen, welche sich im Gegenzug bereit erklären, auf alle mit dem Schadensereignis in einem Zusammenhang stehenden Ansprüche gegen den Beklagten zu verzichten. Mit Blick auf diesen Kern soll der Musterkläger durch Abschluss der Vergleichsvereinbarung zunächst als Nichtberechtigter i.S.v. § 185 Abs. 2 BGB über die Ansprüche der Beigeladenen verfügen, die an den Vergleichsverhandlungen nicht

⁶⁷³ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24.

⁶⁷⁴ Vgl. dazu Jauernig/Mansel, § 158 BGB N 6; vgl. auch KK-KapMuG/Reuschle, § 17 N 25.

⁶⁷⁵ Vgl. 2. Teil, C.II.7.

⁶⁷⁶ Vgl. 2. Teil, C.II.8.

⁶⁷⁷ Vgl. 2. Teil, B.II.4.b.

⁶⁷⁸ Vgl. Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24.

⁶⁷⁹ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24; KK-KapMuG/Reuschle, § 17 N 6, N 19.

beteiligt sind.⁶⁸⁰ Der anschließende Verzicht auf einen Austritt gemäß § 19 Abs. 2 KapMuG soll als Genehmigung der Berechtigten i.S.v. § 185 Abs. 2 BGB gelten.⁶⁸¹ Demgegenüber bleiben die Ansprüche der Anmelder i.S.v. § 10 Abs. 2 KapMuG grundsätzlich unberührt von den Verfügungen des Musterklägers. Ihre Ansprüche werden von der Bindungswirkung des Gruppenvergleichs nicht erfasst. Wie gezeigt, können sie sich aber durch einen parallelen außergerichtlichen Gruppenvergleich an der Lösung des Rechtsstreits beteiligen⁶⁸², soweit der Musterbeklagte sich darauf einlässt.

Probleme können sich mit Blick auf die Dispositionsbefugnis der Parteien über den Streitgegenstand ergeben, wenn in der Vergleichsvereinbarung spezifische Feststellungen über reine Rechtsfragen getroffen werden.⁶⁸³

b) Weitere Anforderungen aus § 17 Abs. 2 KapMuG

Gemäß § 17 Abs. 2 KapMuG soll⁶⁸⁴ der Vergleich überdies Regelungen zum Nachweis der Leistungsberechtigung, zur Verteilung und Fälligkeit der zugesagten Leistungen und zur Kostentragung enthalten. Mit Blick auf die Regelung der Verteilung der vereinbarten Leistungen (§ 17 Abs. 2 Nr. 1 KapMuG) ist laut Gesetzesbegründung ein „schlüssiges Konzept“ erforderlich, das in den Ausgangsverfahren „ohne Folgeprobleme“ umsetzbar ist.⁶⁸⁵ Die bloße Einigung auf eine Entschädigungssumme mit dem Verweis auf weitere Verhandlungen soll deshalb nicht genügen.⁶⁸⁶ In der konkreten Ausgestaltung der Allokation sind die Parteien weitgehend frei; unter dem Vorbehalt der Angemessenheit können sie insbesondere unterschiedliche Schadensklassen und unterschiedlich hohe individuelle Leistungen vereinbaren.⁶⁸⁷ Einer Regelung der individuellen Leistungen direkt in der Vergleichsvereinbarung steht jedenfalls in rechtlicher Hinsicht nichts entgegen.⁶⁸⁸

⁶⁸⁰ KK-KapMuG/Reuschle, § 17 N 14; vgl. dazu bereits Wigand, ZBB 2012, 194, 200 f.

⁶⁸¹ KK-KapMuG/Reuschle, § 17 N 14.

⁶⁸² Vgl. 2. Teil, C.II.3.a.

⁶⁸³ Vgl. dazu Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24; KK-KapMuG/Reuschle, § 17 N 8 ff., § 18 N 9; Wolf/Lange, NJW 2012, 3751, 3754; Vorwerk/Wolf-Wolf, § 14 N 23 f.; Lange, S. 325 ff.

⁶⁸⁴ Im Referentenentwurf zum KapMuG 2012, S. 11 war Abs. 2 noch zwingend formuliert („hat [...] zu enthalten“); die Soll-Vorschrift soll der Genehmigungsfähigkeit besonderer Fälle nicht entgegenstehen, vgl. dazu Stellungnahme DAV zum RefE 2011, S. 8 f.

⁶⁸⁵ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24.

⁶⁸⁶ Vgl. Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24.

⁶⁸⁷ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24; vgl. auch OLG München, 5 Kap 2/09 (Constantin Medien), Vergleichsvorschlag vom 26.6.2014 (V.-Dt. 4.7.2014), Abschnitt III.

⁶⁸⁸ Vgl. OLG München, 5 Kap 2/09 (Constantin Medien), Vergleichsvorschlag vom 26.6.2014 (V.-Dt. 4.7.2014), Anlage 1; vgl. zu individualisierten Leistungsversprechen auch Wigand, AG 2012, 845, 850; Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 17 KapMuG N 4.

Auch die Anforderungen und das Verfahren für den Nachweis der Leistungsberechtigung sind grundsätzlich in der Vergleichsvereinbarung festzulegen (§ 17 Abs. 2 Nr. 2 KapMuG). Laut Gesetzesbegründung sollen die Prozessgerichte in das Verfahren zur Überprüfung der Leistungsberechtigung nicht mehr involviert sein.⁶⁸⁹ Offenbar soll – wenn nötig – ein außergerichtliches Anspruchsanmeldeverfahren und ein Streitbeilegungsmechanismus eingerichtet oder von externen Dienstleistern in Anspruch genommen werden.⁶⁹⁰

Nach § 17 Abs. 2 Nr. 3 KapMuG soll zudem die Fälligkeit der vereinbarten Leistungen genau festgelegt werden, damit die Leistungsberechtigten bei Verzug des oder der Verpflichteten gestützt auf § 23 Abs. 4 KapMuG umgehend die Wiedereröffnung der Ausgangsverfahren beantragen können.⁶⁹¹

Schließlich muss die Vergleichsvereinbarung eine klare Regelung der Kostentragung enthalten (§ 17 Abs. 2 Nr. 4 KapMuG), damit sämtliche Prozessgerichte einheitlich gestützt auf § 23 Abs. 3 KapMuG über die Kostentragung entscheiden.⁶⁹²

c) Autonom vereinbarter Inhalt: Rücktritt, Widerruf, Quoren

Laut Gesetzesbegründung können die Parteien ein Rücktritts- oder Minderungsrecht vereinbaren.⁶⁹³ Zur Förderung der Rechtssicherheit und der Prozessökonomie⁶⁹⁴ ordnet § 18 Abs. 2 KapMuG allerdings an, dass ein Widerruf des Vergleichs nach der gerichtlichen Genehmigung nicht mehr möglich ist. Dies gilt wohl unabhängig davon, ob der Widerrufsvorbehalt als Rücktrittsrecht i.S.v. § 346 ff. BGB oder als auflösende oder aufschiebende Bedingung i.S.v. § 158 BGB qualifiziert wird.⁶⁹⁵ Entscheidend ist, dass der Vergleich nach der gerichtlichen Genehmigung aufgrund von § 18 Abs. 2 KapMuG nicht mehr durch einseitige Willenserklärung aufgehoben werden kann.

⁶⁸⁹ Siehe Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24; dazu krit. *Schneider/Heppner*, BB 2012, 2703, 2712.

⁶⁹⁰ Vgl. Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 17 KapMuG N 4; *Schneider/Heppner*, BB 2012, 2703, 2705; vgl. aber auch 2. Teil, C.II.8.

⁶⁹¹ Dazu Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24; siehe dazu auch 2. Teil, C.II.8.

⁶⁹² Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24; OLG München, 5 Kap 2/09 (*Constantin Medien*), Vergleichsvorschlag vom 26.6.2014 (V.-Dt. 4.7.2014), dort unter Abschnitt II.3; vgl. dazu auch 2. Teil, C.II.9.

⁶⁹³ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24; vgl. auch KK-KapMuG/Reuschle, § 17 N 37.

⁶⁹⁴ Siehe Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 25.

⁶⁹⁵ Vgl. dazu *Böckelmann*, FS Weber (1975), S. 103 ff.; MüKo BGB-Habersack, § 779 N 82; *Scharpenack*, S. 72 ff.

Demgegenüber ist die Vereinbarung von auflösenden Bedingungen, deren Eintritt nicht von der Willensäußerung einer Vertragspartei abhängt, unabhängig von der gerichtlichen Genehmigung zulässig.⁶⁹⁶ In Betracht kommen namentlich auflösende Bedingungen, die sich auf die definitive Beteiligung der Beigeladenen am Gruppenvergleich beziehen – etwa in Form von Quoren, die sich nicht (nur) nach der Anzahl der austretenden Beigeladenen, sondern z.B. nach deren Anteil am Gesamtstreitwert richten.⁶⁹⁷

5. Genehmigungsverfahren

a) Zweck der gerichtlichen Überprüfung

Die Vergleichsvereinbarung bedarf unabhängig davon, ob sie von den Parteien oder vom Gericht selbst unterbreitet wurde, der Genehmigung (§ 17 Abs. 1 i.V.m. § 18 KapMuG).⁶⁹⁸ Wie bei Rule 23(e) FRCP und bei Art. 7:907 BW dient der Genehmigungsvorbehalt im KapMuG dem Schutz aller Verfahrensbeteiligten: Laut Gesetzesbegründung hat das Gericht insbesondere zu prüfen, ob der Musterkläger oder auch dessen anwaltliche Vertretung für den eigenen Vorteil zu Lasten der Beigeladenen verhandelt hat.⁶⁹⁹ Zugleich soll aber auch verhindert werden, dass sich der Musterbeklagte unter Druck zu einer überhöhten Entschädigungszahlung verpflichtet.⁷⁰⁰

Freilich unterscheidet sich die Ausgangslage beim KapMuG besonders mit Blick auf die Situation der Gruppenmitglieder deutlich zu derjenigen von (*settlement*) *class action*- und WCAM-Verfahren: Am Gruppenvergleichsverfahren beteiligt sind Geschädigte, die individuell Klage eingereicht haben und ausnahmslos anwaltlich vertreten sind (§ 11 Abs. 1 KapMuG i.V.m. § 78 Abs. 1 dZPO).⁷⁰¹ Sie sind über den aktuellen Stand des Verfahrens informiert und konnten sich im Rahmen von § 14 KapMuG aktiv am bisherigen Verlauf des Musterverfahrens beteiligen (dazu sogleich). Gegenüber Geschädigten, die in eine *settlement class action* bzw. in ein WCAM-Verfahren involviert sind,

⁶⁹⁶ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 25.

⁶⁹⁷ Vgl. OLG München, 5 Kap 2/09 (*Constantin Medien*), Vergleichsvorschlag vom 26.6.2014 (V.-Dt. 4.7.2014), Abschnitt IV.c: Vergleichsvereinbarung wird unwirksam, wenn der Anteil der Kläger, die ihren Austritt erklären, mehr als 15 Prozent des Gesamtstreitwerts ausmacht; vgl. dazu auch von Bernuth/Kremer, NZG 2012, 890, 893; Wardenbach, GWR 2013, 35, 38.

⁶⁹⁸ Siehe Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24; Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 18 KapMuG N 2; a.A. offenbar Söhner, ZIP 2013, 7, 12.

⁶⁹⁹ Siehe Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 15, 24 f.; Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 18 KapMuG N 1.

⁷⁰⁰ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 25.

⁷⁰¹ Vgl. auch Stadler, [2013] EBLR, 731, 746.

dürften die Beigeladenen eines KapMuG-Gruppenvergleichs mithin weniger schutzbedürftig sein.⁷⁰²

b) Einleitung und Formvorschriften

Das Genehmigungsverfahren wird durch Einreichung des Vergleichsvorschlags der Parteien bzw. durch deren Zustimmung zum Vergleichsvorschlag des Gerichts eingeleitet. Zwingend erforderlich ist die Schriftform (§ 17 Abs. 1 KapMuG), zugelassen sind auch digitale Schriftsätze.⁷⁰³

c) Benachrichtigung, Akteneinsicht und Stellungnahme

Der Vergleichsvorschlag muss den Beigeladenen nicht förmlich zugestellt werden (§ 19 Abs. 1 KapMuG *e contrario*)⁷⁰⁴, auch eine informelle persönliche Benachrichtigung ist nicht vorgeschrieben. Wie alle anderen Prozessakten wird der Vergleichsvorschlag den Verfahrensbeteiligten in einem geschützten elektronischen Informationssystem zugänglich gemacht (§ 12 Abs. 2 KapMuG).⁷⁰⁵ Es liegt in der Verantwortung der Rechtsvertreter der Beigeladenen, ihre Mandanten über den Vergleichsvorschlag zu informieren, problematische Aspekte aufzuzeigen und eine kritische Stellungnahme anzuregen.⁷⁰⁶

Nach § 17 Abs. 1 KapMuG ist den Beigeladenen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Das Gericht kann einen Anhörungstermin ansetzen (§ 11 Abs. 1 und Abs. 2 KapMuG)⁷⁰⁷ oder die Beigeladenen dazu auffordern, schriftlich innerhalb angemessener Frist Stellung zu nehmen.⁷⁰⁸ Da den Beigeladenen der genehmigte Gruppenvergleich persönlich zugestellt wird (§ 19 Abs. 1 KapMuG) und sie aus dem Vergleich austreten können (§ 19 Abs. 2 KapMuG), soll eine vorgängige Verletzung ihres rechtlichen Gehörs keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des geschlossenen Vergleichs haben.⁷⁰⁹

Anmelder nach § 10 Abs. 2 KapMuG haben gemäß § 12 Abs. 2 KapMuG (*e contrario*) keinen Zugang zum elektronischen Informationssystem, da sie nicht als Beteiligte des Verfahrens i.S.v. § 9 Abs. 1 KapMuG gelten.⁷¹⁰ Sie haben

⁷⁰² Vgl. auch 2. Teil, C.II.5.d.bb; Stadler, [2013] EBLR, 731, 746.

⁷⁰³ KK-KapMuG/Reuschle, § 17 N 21.

⁷⁰⁴ Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 17 KapMuG N 8.

⁷⁰⁵ Zur Einführung des Informationssystems KK-KapMuG/Vollkommer, § 11 N 163 ff. sowie § 12 N 2 f.; Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 12 KapMuG N 3; Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 22 f.

⁷⁰⁶ Vgl. dazu auch KK-KapMuG/Vollkommer, § 12 N 2.

⁷⁰⁷ Vgl. KK-KapMuG/Vollkommer, § 11 N 89 ff.

⁷⁰⁸ Vgl. dazu OLG München, 5 Kap 2/09 (*Constantin Medien*), Verfügung v. 30.6.2014 (V.-Dt. 4.7.2014); Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 17 KapMuG N 8.

⁷⁰⁹ Vgl. KK-KapMuG/Reuschle, § 17 N 23.

⁷¹⁰ KK-KapMuG/Vollkommer, § 12 N 63.

überdies kein Recht auf Stellungnahme, da sie nicht als Beigeladene i.S.v. § 9 Abs. 1 KapMuG gelten.⁷¹¹

d) Angemessenheitsprüfung

aa) Umfang des Ermessens

Nach § 18 Abs. 1 KapMuG ist der Vergleich einer Genehmigung nur zugänglich, wenn das Gericht ihn unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes des Musterverfahrens und des Ergebnisses der Anhörung der Beigeladenen als angemessene gütliche Beilegung der ausgesetzten Rechtsstreitigkeiten erachtet. Das Erfordernis einer Angemessenheitskontrolle existiert bereits an anderer Stelle⁷¹², unterscheidet das Gruppenvergleichsverfahren des KapMuG indes vom gewöhnlichen Zweiparteienprozessvergleich, bei dem grundsätzlich nur eingeschränkt geprüft wird, ob der Inhalt vollstreckungsfähig ist und weder gegen das Gesetz noch die guten Sitten verstößt.⁷¹³ Wo die Grenzen der Ermessenskontrolle liegen, ist noch wenig geklärt: Da laut Gesetzesbegründung eine „Prüfung des Sach- und Streitstands in den einzelnen Ausgangsverfahren nicht erforderlich ist“⁷¹⁴, wird im Schrifttum vertreten, dass das Oberlandesgericht sich auf eine Missbrauchskontrolle nach dem Vorbild der Praxis zu § 138 BGB (Sittenwidrigkeit) und § 242 BGB (Treu und Glauben) beschränken solle.⁷¹⁵ Freilich wurde der von § 18 KapMuG begründete Ermessensspielraum durchaus mit Absicht weit gefasst.⁷¹⁶ Die auffallend kurz gehaltene Begründung in der Entscheidung des Oberlandesgerichts München in Sachen *Schmid u.a. v. Constantin Medien AG* (vormals *EM.TV*) u.a.⁷¹⁷ deutet zwar auf eine sehr zurückhaltende Angemessenheitsprüfung hin, lässt sich aber

⁷¹¹ Beschlussempfehlung KapMuG 2012, Drs. 17/10160, S. 26.

⁷¹² Siehe *Wigand*, AG 2012, 845, 850 [dort Fn. 38] u.a. mit Hw. auf § 156 Abs. 2 FamFG, § 796a Abs. 3 dZPO, § 1053 Abs. 1 dZPO, § 248 ff. InsO; vgl. auch *Halfmeier*, DB 2012, 2145, 2149 f. Vgl. aber auch Stellungnahme *Junck* zum GesE 2012, S. 9 („systemwidrig“); vgl. auch *Stumpf/Müller*, GWR 2011, 464, 466.

⁷¹³ Vgl. *MüKo ZPO-Wolfsteiner*, § 794 N 46; *Stein/Jonas-Münzberg*, § 794 N 15; *Musiak/Voit-Foerste*, § 278 ZPO N 18; *Atteslander-Dürrenmatt*, S. 64.

⁷¹⁴ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24.

⁷¹⁵ *Wigand*, AG 2012, 845, 850; *KK-KapMuG/Reuschle*, § 17 N 27 f., § 18 N 3; vgl. auch *Stadler*, [2013] EBLR, 731, 747.

⁷¹⁶ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 39; *KK-KapMuG/Reuschle*, § 18 N 5.

⁷¹⁷ Vgl. OLG München, 15.9.2014, 5 Kap 2/09 (*Constantin Medien*) (V.-Dt. 18.9.2014): „Gründe: Der zwischen den Parteien des Musterverfahrens geschlossene Vergleich stellt nach Überzeugung des Gerichts eine angemessene gütliche Beilegung der ausgesetzten Rechtsstreitigkeiten dar. Die gefundene Regelung differenziert – was den Sach- und Streitstand zutreffend widerspiegelt – nach den Zeitpunkten der den Schadensersatzklagen zugrunde liegenden Aktienkäufen. Die festgelegten Quoten sind ebenfalls nicht zu beanstanden. Zudem haben alle Beigeladenen bis auf den Beigeladenen Lörch dieser Regelung bereits zugestimmt.“

angesichts der überschaubaren Größe dieses Verfahrens (weniger als 40 Beteiligte) wohl nicht ohne weiteres auch gegenüber größeren Verfahren verallgemeinern.

bb) Strukturelles Informationsdefizit und Stellungnahmen

Da das Musterverfahren auf die Entscheidung über die Feststellungsziele beschränkt ist, verpflichtet § 18 Abs. 1 KapMuG das Oberlandesgericht mit Blick auf die Angemessenheitsprüfung ausschließlich zur Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes des Musterverfahrens und nicht auch der Sach- und Streitstände der Ausgangsverfahren.⁷¹⁸ Der Gruppenvergleich beendet indes nicht nur das Musterverfahren, sondern zugleich auch sämtliche Ausgangsverfahren. Im Schrifttum wird deshalb bezweifelt, dass das Gericht die Angemessenheit eines Vergleichs angesichts dieses strukturell bedingten Informationsdefizits fundiert beurteilen kann.⁷¹⁹ Das Oberlandesgericht ist gemäß § 18 Abs. 1 KapMuG indes auch zur Berücksichtigung des Ergebnisses der Anhörung der Beigeladenen verpflichtet. Sein Kenntnisstand kann durch Stellungnahmen der – immerhin anwaltlich vertretenen – Beigeladenen verbessert werden. Letztere tragen in dieser Hinsicht durchaus eine (Mit-)Verantwortung.⁷²⁰ Gleichwohl sollte man angesichts der geringen *objection*-Quoten in den USA⁷²¹ gerade bei großen, besonders komplexen KapMuG-Verfahren keine unrealistischen Erwartungen an das Informationspotential von Stellungnahmen haben⁷²² – auch wenn sich die Situation der anwaltlich vertretenen Beigeladenen im Vergleich zu den Beteiligten eines *class action settlement* deutlich unterscheidet.

Selbst starke Kritik an der Vergleichsvereinbarung vonseiten der Beigeladenen muss nicht zwingend zur Verweigerung der Genehmigung führen: Laut Gesetzesbegründung kann das Gericht den Parteien Änderungsvorschläge unterbreiten und so eine Genehmigung des verbesserten Vergleichsvorschlages in Aussicht stellen.⁷²³ Eine eigenmächtige Abänderung des Inhalts ist demgegenüber unzulässig.⁷²⁴

⁷¹⁸ Vgl. Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24; KK-KapMuG/Reuschle, § 17 N 27; dazu krit. Stadler, [2013] EBLR, 731, 747 f.

⁷¹⁹ Vgl. Keller/Wigand, ZBB 2011, 373, 383 f.; Vorwerk, WM 2011, 817, 825; Schneider/Heppner, BB 2012, 2703, 2705, 2711; Stadler, [2013] EBLR, 731, 747 f.; siehe auch Stellungnahme Junck zum GesE 2012, S. 9; Stellungnahme DRB zum RefE 2011, S. 2 f.

⁷²⁰ Keller/Wigand, ZBB 2011, 373, 384.

⁷²¹ Vgl. 2. Teil, A.II.4.

⁷²² Dazu auch Stadler, [2013] EBLR, 731, 746 f.; vgl. zur Untätigkeit der Beigeladenen im Telekom-Verfahren (das freilich ein streitiges Musterverfahren war) Tilp, FS Krämer (2009), S. 358 f.

⁷²³ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 25.

⁷²⁴ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 25.

e) Genehmigungsentscheid und Rechtsmittel

Der Genehmigungsentscheid des Oberlandesgerichts muss zwingend den gesamten Vergleich umfassen, eine Teilgenehmigung kommt nicht in Betracht.⁷²⁵ Die Genehmigung erfolgt durch Beschluss und ist, abgesehen von Berichtigungsbegehren⁷²⁶, unanfechtbar (§ 18 Abs. 1 KapMuG).⁷²⁷ Der genehmigte Vergleich ist den Beigeladenen förmlich zuzustellen (§ 19 Abs. 1 KapMuG), um sie über ihr Recht zum Austritt aus dem Vergleich, über die einzuhaltende Form und Frist und über die Wirkung des Vergleichs zu unterrichten (§ 19 Abs. 3 KapMuG).⁷²⁸ Der genehmigte Vergleich wird erst wirksam, wenn die Voraussetzungen von § 17 Abs. 1 KapMuG vorliegen. Dies wird in einem zweiten Beschluss des Oberlandesgerichts festgestellt (§ 23 KapMuG).⁷²⁹

Wird die Genehmigung verweigert, ist der Beschluss mangels einer ausdrücklichen Bestimmung nur bei Zulassung vonseiten des Oberlandesgerichts durch Rechtsbeschwerde beim BGH anfechtbar (§ 574 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 dZPO).⁷³⁰ Ist der abschlägige Beschluss des Oberlandesgerichts rechtskräftig, wird das Musterverfahren fortgesetzt.⁷³¹

6. Austrittsrecht

Gemäß § 19 Abs. 2 KapMuG können die Beigeladenen innerhalb einer Frist von einem Monat nach Zustellung des Vergleichs ihren Austritt aus dem Vergleich erklären. Die Austrittserklärung kann schriftlich erfolgen oder vor der Geschäftsstelle mündlich zu Protokoll gegeben werden (§ 19 Abs. 2 KapMuG). Spricht sich ein Beigeladener bereits während der Vergleichsverhandlungen und auch nachträglich vehement gegen den Abschluss eines Vergleichs aus, kann dies selbst bei unterlassener Erklärung als Austritt i.S.v. § 19 Abs. 2 KapMuG gewertet werden.⁷³² Schweigen gilt aber grundsätzlich als Zustimmung zum Vergleich bzw. als Verzicht auf ein *opt-out*.⁷³³ Bei unverschuldet versäumtem, aber nachgeholtem Austritt ist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 233 dZPO denkbar.⁷³⁴ Nach rechtzeitiger und förmlich

⁷²⁵ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 25; KK-KapMuG/Reuschle, § 17 N 26.

⁷²⁶ KK-KapMuG/Reuschle, § 17 N 33.

⁷²⁷ Dazu krit. Stellungnahme VZBV zum GesE 2012, S. 6.

⁷²⁸ Vgl. Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 25; OLG München, 15.9.2014, 5 Kap 2/09 (*Constantin Medien*) (V.-Dt. 18.9.2014).

⁷²⁹ Unschärf: Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 24; dazu näher 2. Teil, C.II.7.

⁷³⁰ Dazu krit. Wigand, AG 2012, 845, 850 f.; ders., ZBB 2012, 194, 203 f.

⁷³¹ Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 18 KapMuG N 9.

⁷³² Vgl. OLG München, 7.11.2014, 5 Kap 2/09 (*Constantin Medien*) (V.-Dt. 12.11.2014).

⁷³³ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 25; Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 19 KapMuG N 1.

⁷³⁴ Vgl. KK-KapMuG/Reuschle, § 19 N 9 ff.

korrekter Austrittserklärung nehmen Beigeladene ihren individuellen Rechtsstreit in der Lage auf, in der er sich zum Zeitpunkt der Aussetzung befand.⁷³⁵

Da auf der Seite der Kläger der Musterkläger den Vergleich ausgehandelt hat, hat er kein Austrittsrecht.⁷³⁶ Den Beigeladenen steht das Recht zum *opt-out* demgegenüber unabhängig davon zu, ob sie sich im Anhörungsprozess positiv oder negativ zur Vergleichsvereinbarung geäußert haben: § 18 Abs. 2 KapMuG ist nicht dispositiv.⁷³⁷ Zulässig dürfte aber wohl eine privatrechtliche Verpflichtung zum Verzicht auf das *opt-out* sein, die zwar einen wirksamen Austritt nicht verhindern, wohl aber einen vertraglichen Haftungsanspruch nach sich ziehen kann.⁷³⁸

7. Wirksamkeit des Gruppenvergleichs

Der Gruppenvergleich ist nur wirksam, wenn weniger als 30 Prozent der Beigeladenen von ihrem *opt-out*-Recht gebraucht gemacht haben (§ 17 Abs. 1 KapMuG).⁷³⁹ Gezählt wird nach Köpfen, nicht anteilmäßig nach der Höhe der geltend gemachten Ansprüche.⁷⁴⁰ Wie gezeigt, können die Parteien aber autonom zusätzliche Quoren als Wirksamkeitsvoraussetzung vereinbaren.⁷⁴¹ Gemäß § 23 Abs. 1 KapMuG stellt das Oberlandesgericht nach Ablauf der einmonatigen Frist durch unanfechtbaren Beschluss fest, ob der genehmigte Vergleich wirksam geworden ist. Der Beschluss hat konstitutive Wirkung.⁷⁴² Er wird im Klageregister öffentlich bekannt gemacht (§ 23 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 2 KapMuG). Beträgt die *opt-out*-Rate mehr als 30 Prozent (oder ist eine autonom vereinbarte Bedingung nicht erfüllt), wird der Vergleich für unwirksam erklärt und das Musterverfahren fortgesetzt.⁷⁴³

Ist der Vergleich wirksam geworden, bindet er alle Verfahrensbeteiligten mit Ausnahme derjenigen Beigeladenen, die frist- und formgerecht ihren Austritt erklärt haben (§ 23 Abs. 1 KapMuG). Der wirksame Gruppenvergleich

⁷³⁵ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 26; vgl. dazu sogleich 2. Teil, C.II.7.

⁷³⁶ Vgl. § 19 Abs. 2 und Abs. 3 KapMuG (*e contrario*); Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 15.

⁷³⁷ von Hein, S. 146.

⁷³⁸ Vgl. OLG München, Vergleichsvorschlag vom 26.6.2014, 5 Kap 2/09 (V.-Dt. 4.7.2014), unter Abschnitt I.2 der Vergleichsvereinbarung; Stellungnahme Gleiss Lutz zum GesE 2012, S. 4; Wardenbach, GWR 2013, 35, 38; vgl. auch Sustmann/Schmidt-Bendun, NZG 2011, 1207, 1212.

⁷³⁹ Die Regelung eines Quorums war im Gesetzgebungsprozess umstritten, vgl. Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 25, 34, 39; Beschlussempfehlung KapMuG 2012, Drs. 17/10160, S. 26 f.

⁷⁴⁰ Beschlussempfehlung KapMuG 2012, Drs. 17/10160, S. 26.

⁷⁴¹ Vgl. 2. Teil, C.II.4.c.

⁷⁴² KK-KapMuG/Reuschle, § 23 N 4, N 6.

⁷⁴³ Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 23 KapMuG N 2.

führt – nach dem Vorbild des Zweiparteienprozessvergleichs⁷⁴⁴ – unmittelbar zur Beendigung des Musterverfahrens und der Ausgangsverfahren (§ 23 Abs. 2 und Abs. 3 KapMuG). Die Beschlüsse der erstinstanzlichen Gerichte über die Beendigung der Ausgangsverfahren der am Vergleich beteiligten Beigeladenen (§ 23 Abs. 3 KapMuG) haben bloß deklaratorischen Charakter.⁷⁴⁵ Die Wirkung eines wirksamen Gruppenvergleichs entspricht (gegebenenfalls mit Ausnahme der Vollstreckbarkeit⁷⁴⁶) derjenigen des herkömmlichen gerichtlichen Vergleichs i.S.v. § 278 dZPO: Er entfaltet keine materielle Rechtskraft und hat, abgesehen von der verfahrensbeendigenden Wirkung, primär materiellrechtliche Konsequenzen in den Rechtsverhältnissen der Beteiligten.⁷⁴⁷

Diejenigen Beigeladenen, welche ihren Austritt erklärt haben, können weder das Musterverfahren fortsetzen noch ein neues Musterverfahren anstrengen, soweit diesem derselbe Lebenssachverhalt wie dem ersten Musterverfahren zugrunde liegt.⁷⁴⁸ Sie können ausschließlich ihre bis dahin sistierten Individualverfahren fortführen, ohne (in rechtlicher Hinsicht) auf die Beweisergebnisse des Musterverfahrens zurückgreifen zu können. Diese Konsequenz wurde im Gesetzgebungsprozess deutlich, aber folgenlos kritisiert.⁷⁴⁹

8. Vollstreckung des Gruppenvergleichs

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers führt ein gemäß §§ 17–19 KapMuG und § 23 KapMuG genehmigter und wirksam gewordener Gruppenvergleich nicht zu einem vollstreckbaren Titel, weil keine konkreten Leistungspflichten im Verhältnis der Parteien der Ausgangsverfahren, also im jeweiligen Verhältnis der einzelnen Beigeladenen und des Musterbeklagten, festgestellt werden.⁷⁵⁰ In der Tat fehlt es an konkreten Leistungspflichten, wenn in der Vergleichsvereinbarung nur die globale Vergleichssumme vereinbart wird und erst nach der Genehmigung und Wirksamklärung ein außergerichtliches Verfahren zur Feststellung und Verteilung der individuellen Leistungen stattfindet. Weil in diesen Fällen der Gruppenvergleich keinen Vollstreckungstitel schafft, erleichtert das KapMuG den Klägern die Wiederaufnahme des Verfahrens für den Fall, dass der Musterbeklagte seiner Leistungspflicht nicht nachkommt:

⁷⁴⁴ Vgl. BGH, 15.4.1964, NJW 1964, 1524, 1525; MüKo BGB-Habersack, § 779 N 79.

⁷⁴⁵ KK-KapMuG/Reuschle, § 23 N 12.

⁷⁴⁶ Vgl. dazu sogleich 2. Teil, C.II.8.

⁷⁴⁷ Vgl. BGH, 22.12.1982, NJW 1983, 996, 997, m.w.H.; Stein/Jonas-Münzberg, § 794 N 34; KK-KapMuG/Reuschle, § 23 N 10.

⁷⁴⁸ Vgl. Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 26; Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 23 KapMuG N 3; a.A. offenbar von Bernuth/Kremer, NZG 2012, 890, 893.

⁷⁴⁹ Vgl. Stellungnahme BRAK zum RefE 2011, S. 7; Stellungnahme Junck zum GesE 2012, S. 9; Stellungnahme BDI zum RefE 2011, S. 5; Stellungnahme IPA (Univ. Hannover) zum RefE 2011, S. 19 f.; Stellungnahme VZBV zum GesE 2012, S. 5 f.; Stadler, [2013] EBLR, 731, 746; vgl. auch Wolf/Lange, NJW 2012, 3751, 3754.

⁷⁵⁰ Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 26.

Gemäß § 23 Abs. 4 KapMuG können die Ausgangsverfahren der Beigeladenen auf deren Antrag hin wieder eröffnet werden und die zugrundeliegenden Klagen (ohne Prüfung der Sachdienlichkeit⁷⁵¹) in solche „auf Erfüllung des Vergleichs“ geändert werden.⁷⁵²

Ob damit die individuelle Leistungspflicht des Musterbeklagten gegenüber einem Beigeladenen zum Gegenstand des wiederaufgenommenen Ausgangsverfahrens gemacht werden kann, ist zumindest dann unklar, wenn in der Vergleichsvereinbarung nur die Vergleichssumme und das Verfahren zur Feststellung und Verteilung der individuellen Leistungen geregelt wird. In diesen Fällen soll § 23 Abs. 4 KapMuG nach einer Meinung nur dann anwendbar sein, wenn der Musterbeklagte die Einrichtung oder das Funktionieren eines solchen Verteilungsverfahrens verhindert.⁷⁵³ Möchte hingegen ein Kläger die ihm zugewiesene Entschädigung anfechten, soll er sich nicht auf § 23 Abs. 4 KapMuG berufen können⁷⁵⁴, sondern den dafür vorgesehen Streitbeilegungsmechanismus in Anspruch nehmen müssen (soweit ein solcher existiert).⁷⁵⁵ Die Pflicht, zunächst den Streitbeilegungsmechanismus in Anspruch zu nehmen, würde indes mangels eines gesetzlichen Obligatoriums eine wirksame Schiedsvereinbarung oder eine wirksame Schlichtungs- oder Mediationsvereinbarung (ausgestaltet als dilatorischer Klageverzicht) voraussetzen.⁷⁵⁶ Relativ unproblematisch ist dies nur dann, wenn die Geschädigten einer solchen Vereinbarung aus freiem Willen zustimmen, der Streitbeilegungsmechanismus verfahrensrechtliche Mindeststandards einhält und der gerichtliche Rechtsweg im Falle des Scheiterns der Streitbeilegung offen steht.⁷⁵⁷ Wird aber etwa im Verteilungsprozedere die Anspruchsanmeldung an die Zustimmung zu einer Streitbeilegungsklausel geknüpft, muss sich die Klausel an §§ 305 ff. BGB (bzw. gegebenenfalls § 1031 dZPO) messen lassen.⁷⁵⁸ Ist eine solche Streitbeilegungsabrede unangemessen und deshalb unverbindlich – sei es, weil sie den Formvorschriften nicht entspricht oder den Zugang zum Gericht übermäßig erschwert –, wird man dem Kläger die erleichterte Wiederaufnahme seines Verfahrens gestützt auf § 23 Abs. 4 KapMuG kaum verwehren können.

⁷⁵¹ Vgl. § 263 dZPO; Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 26.

⁷⁵² Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 26.

⁷⁵³ Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 23 KapMuG N 5.

⁷⁵⁴ Prütting/Gehrlein-Halfmeier, § 23 KapMuG N 5.

⁷⁵⁵ Vgl. zum Streitbeilegungsmechanismus bereits 2. Teil, C.II.4.b.

⁷⁵⁶ Zum dilatorischen Klageverzicht BGH, 23.11.1983, NJW 1984, 669 f.; BGH, 18.11.1998, NJW 1999, 647 f.; BGH, 29.10.2008, NJW-RR 2009, 637 ff.; Musielak/Voit-Foerste, Vorb. § 253–§ 299a N 11.

⁷⁵⁷ Vgl. Wagner, Prozessverträge, S. 445; Musielak/Voit-Foerste, Vorb. § 253–§ 299a N 11; vgl. auch zur niederländischen Regelung 2. Teil, B.II.7.a.

⁷⁵⁸ Vgl. MüKo BGB-Wurmnest, § 307 N 261 ff., 270 ff.; Unberath, NJW 2011, 1320 ff.; Friedrich, SchiedsVZ 2007, 31 ff.

Unabhängig von den in diesem Zusammenhang bestehenden Unsicherheiten sind aber entgegen der Annahme des Gesetzgebers durchaus Gruppenvergleichsvereinbarungen denkbar, die bereits die individuellen Leistungspflichten des Musterbeklagten gegenüber den Beigeladenen im Detail regeln⁷⁵⁹ – bezeichnenderweise bietet gerade der erste und einzige bisher genehmigte KapMuG-Gruppenvergleich dafür ein Anschauungsbeispiel.⁷⁶⁰ Aus Sicht des Musterklägers und der Beigeladenen spricht in der Tat vieles dafür, die individuellen Ansprüche wenn möglich direkt in der Vergleichsvereinbarung zu regeln. Solange die Ansprüche sowie Schuldner und Gläubiger genügend bestimmt⁷⁶¹ sind, ist nicht ersichtlich, weshalb in einem solchen Fall nicht bereits der Gruppenvergleich einen vollstreckbaren Titel schaffen soll.⁷⁶² Den Beurkundungsvorschriften entsprechend müssten allerdings sämtliche Beigeladenen beziehungsweise deren Rechtsvertreter die Gruppenvergleichsvereinbarung unterzeichnen.⁷⁶³ Die Unterzeichnung alleine durch den Musterkläger dürfte kaum genügen.

9. Kosten

Gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 4 KapMuG soll der Gruppenvergleich eine Regelung über die Tragung der Kosten des Musterverfahrens enthalten.⁷⁶⁴ Gemeinsam mit dem deklaratorischen Beschluss über die Beendigung des Ausgangsverfahrens treffen die Prozessgerichte unter Berücksichtigung der im Gruppenvergleich enthaltenen Kostenregelung und nach billigem Ermessen eine abschließende Kostenentscheidung (§ 23 Abs. 3 KapMuG). Soweit das Gericht nach billigem Ermessen entscheidet, hat es die zu § 91a dZPO entwickelten Grundsätze zu beachten.⁷⁶⁵ Maßgebend ist grundsätzlich, wer die Kosten hätte tragen müssen, wenn das Verfahren nicht durch Vergleich beendet worden wäre.⁷⁶⁶

III. Würdigung

Ebenso wie in den Niederlanden gab auch in Deutschland ein konkreter Massenschaden mit mehreren tausend Betroffenen den entscheidenden Impuls für die Schaffung eines neuen Verfahrens zur kollektiven Rechtsdurchsetzung. Die

⁷⁵⁹ So zu Recht krit. *Wigand*, ZBB 2012, 194, 202; *ders.*, AG 2012, 845, 850.

⁷⁶⁰ Vgl. OLG München, 5 Kap 2/09 (*Constantin Medien*), Vergleichsvorschlag vom 26.6.2014 (V.-Dt. 4.7.2014).

⁷⁶¹ Vgl. dazu MüKo ZPO-Wolfsteiner, § 794 N 96; Stein/Jonas-Münzberg, § 794 N 42.

⁷⁶² *Wigand*, ZBB 2012, 194, 202; *ders.*, AG 2012, 845, 850.

⁷⁶³ Vgl. MüKo ZPO-Wolfsteiner, § 794 N 37; Stein/Jonas-Münzberg, § 794 N 29.

⁷⁶⁴ Vgl. dazu OLG München, 5 Kap 2/09 (*Constantin Medien*), Vergleichsvorschlag vom 26.6.2014 (V.-Dt. 4.7.2014), Abschnitt II.3.

⁷⁶⁵ Dazu Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 26.

⁷⁶⁶ BGH, 7.5.2007, NJW 2007, 3429; MüKo ZPO-Schulz, § 91a N 43 ff.; Zöller/Vollkommer, § 91a N 24; Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 26.

Diskussion zum kollektiven Rechtsschutz wurde in Deutschland bereits seit langem geführt und war ursprünglich nicht auf einzelne Rechtsgebiete beschränkt.⁷⁶⁷ Indes war der Fokus des Gesetzgebers bereits vor dem *Telekom-Fall* auf die kollektive Rechtsdurchsetzung bei kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten gerichtet.⁷⁶⁸ Die Geschehnisse in Frankfurt verhalfen diesen bereichsspezifischen regulatorischen Bestrebungen zu ungeahnter Aktualität, verhinderten aber wohl zugleich aufgrund des Zeitdrucks eine fundierte Debatte über das Für und Wider einer allgemeinen Regelung zur kollektiven Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen.⁷⁶⁹ Der eher rasche Gesetzgebungsprozess mag mit ein Grund dafür sein, dass nicht nur zahlreiche Beiträge im Schrifttum⁷⁷⁰, sondern auch die Materialien zur Reform des KapMuG von einer ambivalenten Bewertung des Gesetzes zeugen: War im Entwurf der Bundesregierung zur Reform des KapMuG mit Verweis auf eine insgesamt positive Bilanz noch vorgesehen, auf eine Befristung des KapMuG zu verzichten⁷⁷¹, sprach sich der Rechtsausschuss des Bundestages mit Erfolg für eine erneute Befristung des Gesetzes aus, da die „Tauglichkeit des Musterverfahrens zur gebündelten Erledigung gleichgerichteter Rechtsstreitigkeiten noch nicht abschließend beurteilt werden“ könne.⁷⁷² Die Zukunft des KapMuG bleibt demnach offen.

Kritisiert wird hauptsächlich die Komplexität der Regelung und die lange Verfahrensdauer, mithin der Mangel an konkreten Effizienzgewinnen.⁷⁷³ Von den gerade in den ersten Jahren zahlreichen klärungsbedürftigen, die betroffenen Verfahren stets hemmenden Sonderproblemen abgesehen, ist der Mangel an Effizienz insbesondere darauf zurückzuführen, dass das KapMuG auf einen

⁷⁶⁷ Vgl. etwa *Gottwald*, ZJP 91 (1978), 1 ff.; *von Bar*, Gutachten 62. DJT, A 80 ff.; *Stadler*, Referat 62. DJT, S. I 35 ff.; *Hopt/Baetge*, S. 39 f., vgl. dort aber auch S. 52 f.

⁷⁶⁸ Vgl. Bericht Regierungskomm. „Corporate Governance“, Drs. 14/7515, S. 88 ff.

⁷⁶⁹ Vgl. die Kritik des Bundesrates in Begründung KapMuG 2005, Drs. 15/5091, S. 39 f.; *Stadler*, FS Rechberger (2005), S. 665, 670; *dies.*, Kapitalmarktmusterverfahren, S. 150; *Schneider/Heppner* BB 2012, 2703, 2710; vgl. für den Anfang 2005 vorgestellten Regelungsvorschlag für ein „Gesetz zur Regelung von Verbands-, Muster- und Gruppenklagen (GVMuG)“ *Micklitz/Stadler*, GVMuG, S. 1419 ff.; vgl. aber auch *Zypries*, ZRP 2004, 177, 179; *Hess*, AG 2003, 113, 124 f.

⁷⁷⁰ Vgl. etwa *Stackmann*, NJW 2010, 3185 ff.; *Stadler*, [2013] EBLR, 731, 749; *Schneider/Heppner* BB 2012, 2703, 2713; *Meller-Hannich*, ZBB 2011, 180, 190 f.; *Smid/Mohr*, DZWIR 2013, 343, 351 f.; *Vorwerk*, WM 2011, 817, 823; *Gottwald*, (2007) 26 C.J.Q., 484, 495; *Schirp/Kondert*, NJW 2010, 3287, 3288 f.; *von Bernuth/Kremer*, NZG 2012, 890, 894 f.; *Habersack/Mülbert/Schlitt-Schmitz*, § 33 N 402 ff.; *von Hein*, S. 136 f., 149 f.; *Wolf/Lange*, NJW 2012, 3751, 3756; *Tilp/Roth*, S. 141 f.; positiver bspw. *Halfmeier/Rott/Feess*, S. 80 ff.; *Wigand*, AG 2012, 845, 856; *Rotter*, VuR 2011, 443 ff.; *Tamm*, ZHR 174 (2010), 525, 555.

⁷⁷¹ Siehe Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799, S. 16, 13; vgl. auch *Halfmeier/Rott/Feess*, S. 83.

⁷⁷² Beschlussempfehlung KapMuG 2012, Drs. 17/10160, S. 17.

⁷⁷³ Vgl. die Nw. in Fn. 770.

echten Repräsentationsansatz verzichtet und stattdessen auf einen begrenzten Bündelungsmechanismus nach dem *opt-in*-Prinzip setzt.⁷⁷⁴ Diesem Ansatz ist zugute zu halten, dass er die Dispositionsfreiheit und das rechtliche Gehör der Gruppenmitglieder weniger stark respektive in anderer Weise einschränkt, als dies „echte“ Repräsentationsmodelle wie die *class action* oder das WCAM tun.⁷⁷⁵ Kommt kein Gruppenvergleich zustande oder wird er nicht genehmigt, führt das KapMuG überdies im Gegensatz zur *settlement class action* und zu WCAM-Verfahren zu einem Urteil über die Feststellungsziele; diesen Umstand kann man durchaus als Vorzug des Verfahrens werten.⁷⁷⁶ Der mehrstufige Verfahrensablauf – individuelle Klageerhebung, Vorlagebeschluss und Verfahrensaussetzung, Musterverfahren, gegebenenfalls Rechtsmittelverfahren und Rückweisung, Beendigung der ausgesetzten Verfahren – und die weitreichenden Beteiligungsrechte der Kläger im Musterverfahren können aber zu hohen Effizienzverlusten und jahrelangen Verfahren führen. Überdies eignet sich das Musterverfahren wegen der Notwendigkeit der individuellen Klageerhebung entgegen der Intention des Gesetzgebers⁷⁷⁷ kaum zur Bewältigung von Streuschäden.⁷⁷⁸ Ob sich das Gesetz insgesamt bewährt, bleibt demnach unklar und wäre (weiterhin) evaluationsbedürftig.⁷⁷⁹ Offenbar wird allerdings bereits an einer neuen Musterfeststellungsklage für verbraucherrechtliche Streitigkeiten gearbeitet, die sich am KapMuG orientiert.⁷⁸⁰

Das 2012 eingeführte Gruppenvergleichsverfahren hat grundsätzlich das Potential, die Effizienz des KapMuG zu steigern. Wohl ließe sich durchaus darüber streiten, ob ein Gruppenvergleich nicht eigentlich dem Zweck des Musterverfahrens entgegensteht und insofern gar nicht wünschenswert wäre.⁷⁸¹ Soweit das Ergebnis des Musterverfahrens aber für beide Seiten „genügend“ ungewiss ist und deshalb Vergleichsbereitschaft besteht, bietet das Gruppenvergleichsverfahren die Möglichkeit, das Musterverfahren und sämtliche ausgesetzten Individualverfahren zeitgleich und relativ rasch zum Abschluss zu bringen. Die Ausgangslage unterscheidet sich beim KapMuG aber in der Tat deutlich von derjenigen bei *settlement class action*- und WCAM-Verfahren, da

⁷⁷⁴ Vgl. Stadler, Kapitalmarktmusterverfahren, S. 155 f.

⁷⁷⁵ Differenzierend Bergmeister, S. 236 ff., 275 ff.; KK-KapMuG/Reuschle, § 9 N 5 f.; zur Einschränkung der Dispositionsfreiheit und des rechtlichen Gehörs der Beigeladenen 2. Teil, C.I.3 und 4.

⁷⁷⁶ Vgl. dazu näher 3. Teil, B.II.2.

⁷⁷⁷ Vgl. Begründung KapMuG 2005, Drs. 15/5091, S. 16.

⁷⁷⁸ Stadler, Kapitalmarktmusterverfahren, S. 158; Bergmeister, S. 238 ff., 304 ff.; Halfmeier/Rott/Feess, S. 74 ff.; a.A. offenbar KK-KapMuG/Reuschle, § 9 N 1.

⁷⁷⁹ Vgl. auch Berger, K. P., S. 81; Vorwerk, WM 2011, 817 ff.

⁷⁸⁰ Stadler, VbR 2015, 145, 146; Keßler, ZRP 2016, 2 ff.

⁷⁸¹ Krit. etwa Vorwerk, WM 2011, 817, 824 f.; Stellungnahme BDI zum RefE 2011, S. 4 f.; zum Ganzen auch Stadler, FS Rechberger (2005), S. 677 f.; dies., VbR 2015, 145, 148.

Geschädigte in KapMuG-Verfahren – abgesehen von den „Anmeldern“ – jeweils individuell Klage eingereicht haben. Soweit kein Prozessfinanzierer beteiligt ist, sind sie aufgrund der Prozesskosten bereits ein finanzielles Risiko eingegangen und deshalb möglicherweise nicht bereit, sich mit einem Vergleichsangebot, das stets nur einen Teil ihres Anspruchs ausmachen wird, zufrieden zu geben. Auf der anderen Seite wird aber auch ein Schädiger, der seine Schuldnerstellung vehement bestreitet, nicht oder erst sehr spät bereit sein, sich auf einen Gruppenvergleich einzulassen.⁷⁸² Unklar ist überdies, wie sich das Anmeldeverfahren auf die Vergleichsbereitschaft auswirkt.⁷⁸³ Im Vergleich zu *settlement class actions* und WCAM-Verfahren hat der Schädiger in KapMuG-Verfahren aber gegebenenfalls zumindest insofern einen größeren Anreiz, einer Vergleichsvereinbarung zuzustimmen, als das kontradiktorische Musterverfahren weitergeführt wird, wenn die Vergleichsverhandlungen scheitern. Es bleibt abzuwarten, ob das Gruppenvergleichsverfahren in der Praxis häufiger als bisher zur Anwendung kommen wird.⁷⁸⁴

⁷⁸² *Schneider/Heppner*, BB 2012, 2703, 2711.

⁷⁸³ Vgl. *von Bernuth/Kremer*, NZG 2012, 890, 892; *Wardenbach*, GWR 2013, 35, 37; *Steinberger*, S. 112 f. Offenbar wird die Möglichkeit der Anmeldung nach § 10 Abs. 2 KapMuG in der Praxis bisher nur selten wahrgenommen, vgl. *Halfmeier*, *Litigation*, S. 294.

⁷⁸⁴ Vgl. auch *Stadler*, VbR 2015, 145, 149; skeptisch *Schneider/Heppner*, BB 2012, 2703, 2711; *Steinberger*, S. 115 f.

Dritter Teil

Ausgewählte Probleme von Gruppenvergleichsverfahren

A. Einführung

Der Blick auf das bestehende Rechtsschutzdefizit¹ und auf die drei analysierten ausländischen Gruppenvergleichsverfahren² führt zu einer Reihe von Kernproblemen, mit denen der schweizerische Gesetzgeber bei der Schaffung eines Gruppenvergleichsverfahrens konfrontiert wäre. Dazu gehören zunächst die „klassischen“ Problemfelder des kollektiven Rechtsschutzes, namentlich *opt-in/opt-out*, Repräsentation, Beteiligungsrechte und Missbrauchskontrolle. Der Fokus auf Gruppenvergleichsverfahren wirft allerdings auch spezifische Fragen zum Rechtsinstitut des gerichtlichen (Gruppen-)Vergleichs auf, die in der Literatur teilweise noch wenig thematisiert wurden. Die Auswahl einiger zentraler Probleme, die im Folgenden vertieft diskutiert werden sollen, erforderte zwangsläufig, auf weitere wichtige Fragen nicht näher einzugehen – vorliegend betrifft dies etwa klassische Voraussetzungen von Gruppenverfahren im Sinne von *numerosity* und *commonality*³, die nationale und internationale Zuständigkeit⁴ oder das Problem paralleler Verfahren.⁵ Regelmäßig Bezug genommen wird auf den Vorentwurf zum FIDLEG, dessen Regelungsvorschlag für ein Gruppenvergleichsverfahren nach aktuellem Stand möglicherweise in die ZPO integriert werden soll. Auf eine ausführliche, systematische Darstellung des Regelungsvorschlags wurde angesichts der ungewissen Realisierung dieser Integration aber verzichtet.⁶

¹ Vgl. Einleitung, A sowie 1. Teil, B.

² Vgl. 2. Teil.

³ Dazu 2. Teil, A.I.2.a und b, B.II.2.b.aa und bb sowie C.I.3.

⁴ Dazu 2. Teil, B.II.5.b und C.I.3.

⁵ Dazu 2. Teil, B.II.5.c.

⁶ Vgl. dazu bereits Einleitung, A.

B. Justizgewährung und effektive Streitbeilegung in Gruppenvergleichsverfahren

I. Typen von Gruppenvergleichsverfahren

Die Gegenüberstellung der drei dargestellten Gruppenvergleichsverfahren im zweiten Teil lässt rasch erkennen, dass *settlement class action*- und WCAM-Verfahren die meisten Gemeinsamkeiten haben: Beide Verfahren sind ausschließlich auf eine gerichtliche Überprüfung der Angemessenheit der Vergleichsvereinbarung ausgerichtet. Sie werden nicht durch Klage, sondern durch Antrag eingeleitet.⁷ Eine materielle Anspruchsprüfung und autoritative Streitentscheidung des Gerichts ist im Rahmen dieser Verfahren ausgeschlossen. Diesem Prinzip folgt auch der Vorschlag für ein Gruppenvergleichsverfahren im Vorentwurf zum FIDLEG.⁸ Demgegenüber setzen KapMuG-Gruppenvergleichsverfahren zwingend Individualklagen voraus, ohne die es gar nicht erst zu einem Musterverfahren kommt. Wird ein KapMuG-Gruppenvergleich nicht genehmigt, kann das Musterverfahren vom Gericht per Sachentscheid zum Abschluss gebracht werden.⁹

Trotz den offensichtlichen Gemeinsamkeiten unterscheidet sich die Ausgangslage in den USA von derjenigen in den Niederlanden insofern, als neben der – in der Praxis dominierenden – *settlement class action* stets auch die herkömmliche *litigation class action* zur Verfügung steht. Demgegenüber fehlt in den Niederlanden bisher ein kontradiktorisches Pendant zum WCAM-Verfahren. Der bewusste Verzicht auf ein Streitiges Gruppenverfahren wurde in den Niederlanden wie gezeigt mit der hohen Vergleichsquote bei US-amerikanischen *class actions*, aber auch mit dem Missbrauchspotential von Gruppenklagen begründet.¹⁰ Tatsächlich werden fast alle *class actions* in den USA durch *settlement* erledigt¹¹, und das Missbrauchspotential von Sammelklagen sorgt kontinuierlich für Diskussionen.¹² Gleichwohl überrascht es, dass in den Niederlanden dem Verzicht auf ein kontradiktorisches Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes offenbar keine nähere Auseinandersetzung mit dem Anspruch auf Justizgewährung vorausging. Demgegenüber wird die Frage nach der Notwendigkeit des kontradiktorischen Elements in Gruppenverfahren in der US-amerikanischen Lehre und Rechtsprechung seit geraumer Zeit thematisiert.¹³

⁷ Vgl. 2. Teil, A.II.2 und B.I.1.

⁸ Vgl. Einleitung, A.

⁹ Vgl. 2. Teil, C.II.5.e.

¹⁰ Vgl. MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 1 ff.; Brief Justizmin., TK 2008-2009, 31 762, Nr. 1, S. 3; vgl. auch 2. Teil, B.I.1.

¹¹ Vgl. 2. Teil, A.II.1.

¹² Vgl. 2. Teil, A.II.6.c.

¹³ Vgl. *Carlough v. Amchem Products, Inc.*, 834 F.Supp. 1437, 1462 ff. (E.D. Pa. 1993); *In re Asbestos Litigation*, 90 F.3d 963, 988 f. (5th Cir. 1996); *Redish/Kastanek*, 73 U.

Freilich werden die Argumente, die in den USA in diesem Zusammenhang trotz höchstgerichtlichem Plazet gegen die Zulässigkeit von *settlement class actions* vorgebracht werden, im Wesentlichen auf das in der US-Verfassung enthaltene *case or controversy*-Kriterium¹⁴ und auf eine Bestimmung des *Rules Enabling Act* gestützt¹⁵ – beides Spezifika des US-amerikanischen Rechts, die für ein auf der EMRK und der Bundesverfassung beruhendes Verständnis des Justizgewährungsanspruchs nicht von Belang sind.¹⁶ Somit gilt es, Inhalt und Grenzen dieses „europäischen“ Justizgewährungsanspruchs in Bezug auf die Problemlagen des kollektiven Rechtsschutzes zu beleuchten.

II. Anspruch auf kontradiktorisches Gruppenverfahren

1. Justizgewährung bei Massen- und Streuschäden

Der Anspruch auf Justizgewährung ergibt sich in der Schweiz aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29–30 BV. Er umfasst einige der zentralen Verfahrensgrundrechte, insbesondere den Anspruch auf Zugang zum Gericht, auf ein faires Verfahren und auf ein gesetzmäßiges Gericht.¹⁷

Massen- und Streuschäden gefährden im Wesentlichen zwei Teilgehalte des Anspruchs auf Justizgewährung: Den Anspruch auf effektiven Zugang zum Gericht und das Beschleunigungsgebot als Teilgehalt des Anspruchs auf ein faires Verfahren.¹⁸ Nach der Rechtsprechung des EGMR und des Bundesgerichts vermittelt das in Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29a BV¹⁹ enthaltene

Chi. L. Rev. 545, 547 ff. (2006); *Redish*, S. 178 ff.; *Erichson*, 82 Geo. Wash. L. Rev. 951 ff. (2014); vgl. auch 2. Teil, A.II.2.

¹⁴ Vgl. *Redish/Kastanek*, 73 U. Chi. L. Rev. 545, 547 ff. (2006); *Redish*, S. 178 ff.; a.A. etwa *Carlough v. Amchem Products, Inc.*, 834 F.Supp. 1437, 1462 ff. (E.D. Pa. 1993); *In re Asbestos Litigation*, 90 F.3d 963, 988 f. (5th Cir. 1996).

¹⁵ Vgl. *Erichson*, 82 Geo. Wash. L. Rev. 951, 971 ff. (2014).

¹⁶ Vgl. aber zur Notwendigkeit kontradiktorischer Elemente im Rahmen der Angemessenheitsprüfung 3. Teil, E.IV.

¹⁷ Vgl. *Staehelein/Staehelein/Grolimund*, § 1 Rz. 8; *Habscheid*, § 2 Rz. 9 ff. Der Begriff „Justizgewährungsanspruch“ bzw. „Justizgewährleistungsanspruch“ wird in der Schweiz uneinheitlich verwendet, vgl. *Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser*, § 6 Rz. 408; SG Komm BV-*Kley*, Art. 29a N 5; zur deutschen Lehre Musielak/Voit-Musielak, Einleitung N 6 ff.

¹⁸ Vgl. aber auch *Lange*, S. 103 ff., wonach auch das Gebot der Waffengleichheit, ebenfalls Teilgehalt des Anspruchs auf ein faires Verfahren, verletzt sein kann.

¹⁹ Nach umstrittener bundesgerichtlicher Rechtsprechung geht die EMRK der Bundesverfassung grundsätzlich vor, vgl. BGE 139 I 16, E. 5.2.2 ff.; SG Komm BV-*Kley*, Art. 29a N 44. Im vorliegenden Fall liegt allerdings ohnehin kein Normenkonflikt vor, vielmehr ergänzen sich Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29a BV, vgl. BGE 134 V 401, E. 5.3; vgl. als Praxisbeispiele auch BGE 141 I 241, E. 4.1 ff.; BGE 141 I 105, E. 3.6; BGER 20.4.2009, 2C_651/2008, E. 4.2; BSK BV-*Waldmann*, Art. 29a N 7. Gleiches gilt für den Anspruch aus Art. 14 UNO-Pakt II, vgl. SG Komm BV-*Kley*, Art. 29a N 41; *Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser*, § 5 Rz. 275.

Recht auf Zugang zum Gericht (*right of access to a court*) den Rechtsunterworfenen einen Anspruch auf Beurteilung der Rechtsstreitigkeit durch ein mit umfassender Prüfungsbefugnis ausgestattetes Gericht, mithin einen Anspruch auf Sachentscheidung.²⁰ Der Zugang zum Gericht muss effektiv, also nicht bloß theoretisch bzw. illusorisch möglich sein.²¹ Einschränkungen des Rechts auf Zugang zum Gericht sind zulässig, sofern die Beschränkung einem legitimen Ziel dient, verhältnismäßig ist und den Wesensgehalt des Rechts nicht antastet.²² Zulässig sind etwa Voraussetzungen zur Form und Frist der Klageeinleitung, obligatorische Schlichtungsverfahren²³ oder die Auferlegung von Gebühren und Kostenvorschüssen, soweit sie den Rechtsweg nicht ungebührlich erschweren.²⁴

Dieser letzte Aspekt ist besonders bei Streuschäden problematisch: Übersteigt das potentielle Kostenrisiko die Schadenshöhe um ein Vielfaches, werden die Geschädigten auf die Rechtsverfolgung verzichten – der Zugang zum Gericht ist dann zwar theoretisch, aber nicht effektiv gewährleistet.²⁵ Freilich dürfte nicht nur das Kostenrisiko, sondern auch die Aussicht auf eine geringe Entschädigung Ursache der „rationalen Apathie“ der Geschädigten bei der Rechtsdurchsetzung im Zuge von Streuschäden sein: Die Mühe, minimale Schäden geltend zu machen, lohnt sich schlicht nicht.²⁶ Die Streuschaden-Problematik führt demnach nicht bloß zur Forderung nach effektivem Zugang zum Gericht, sondern verlangt auch nach einer generellen Auseinandersetzung mit der Frage, ob den Ursachen und Konsequenzen mangelnder Rechtsdurchsetzung bei massenhaften Kleinstschäden nicht besser mit (gegebenenfalls auch öffentlich-rechtlichen²⁷) Klagen und Verfahren begegnet wird, die auf

²⁰ EGMR, 20.6.2002, *Koskinas v. Greece*, Rz. 29; EGMR, 7.11.2002, *Veeber v. Estonia* (No. 1), Rz. 70; EGMR, 10.7.2003, *Multiplex v. Croatia*, Ziff. 45; EGMR, 1.3.2002, *Kutić v. Croatia*, Ziff. 25; EGMR, 13.7.2006, *Dubinskaya v. Russia*, Ziff. 41; BGE 134 V 401, E. 5.3; BGE 125 II 417, E. 4d; Frowein/Peukert-Peukert, Art. 6 N 45; BSK BV-Waldmann, Art. 29a N 14; SG Komm BV-Kley, Art. 29a N 4.

²¹ EGMR, 9.10.1979, *Airey v. Ireland*, Ziff. 24; EGMR, 10.7.2003, *Multiplex v. Croatia*, Ziff. 44; anschaulich auch EGMR, 9.9.2014, *Gajtani v. Switzerland*, Rz. 61 ff., insbesondere Rz. 74.

²² EGMR, 21.2.1975, *Golder v. United Kingdom*, Ziff. 38; EGMR, 28.5.1985, *Ashingdane v. United Kingdom*, Ziff. 57; EGMR, 27.11.2012, *Bayar et Gürbüz v. Turquie*, Ziff. 40 ff.; EGMR, 26.3.2015, *Momčilović v. Croatia*, Ziff. 42 ff.; BGE 141 I 241, E. 4.2.1; BSK BV-Waldmann, Art. 29a N 17, N 28.

²³ Vgl. EGMR, 26.3.2015, *Momčilović v. Croatia*, Ziff. 42 ff.

²⁴ BGE 141 I 105, E. 3.3.2; BGer 11.12.2012, 2C_513/2012, E. 3.1; SG Komm BV-Kley, Art. 29a N 7.

²⁵ Vgl. *Lange*, S. 99 f.; *Domej*, ZZZ 125 (2012), 421, 440.

²⁶ Vgl. dazu bereits Einleitung, A.

²⁷ Vgl. dazu etwa Baumgartner, Class Actions, S. 119 f., 126 f.; Stürner, ZZZ 127 (2014), 271, 315; Heinemann, Durchsetzung, S. 50 f.; Berni, S. 157 ff.; Hess, Verbesserung, S. 78; Sacker, FS Reuter (2010), S. 340 f.

Gewinnabschöpfung, Beseitigung und Unterlassung unrechtmäßiger Verhaltensweisen anstatt auf individuelle, aber marginale Entschädigung ausgerichtet sind.²⁸

Massenschäden gefährden demgegenüber hauptsächlich das Beschleunigungsgebot, da sie rasch zur Überlastung der Gerichte und damit zu Verfahrensverzögerungen führen können.²⁹ Nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV hat jeder ein Recht auf Verhandlung der Rechtsstreitigkeit in angemessener Frist.³⁰ Ob die Verfahrensdauer angemessen ist, beurteilt sich nach den jeweiligen Umständen im Einzelfall. Zu berücksichtigen sind etwa die Bedeutung der Sache für den Betroffenen, die Komplexität des Verfahrens wie auch der aufgeworfenen Sachverhalts- und Rechtsfragen oder das Verhalten der Verfahrensbeteiligten und der Behörden.³¹ Von Interesse ist vor allem das Kriterium der Komplexität des Falles, welches nach der Rechtsprechung grundsätzlich eine längere Verfahrensdauer rechtfertigen kann – zumindest bei strafrechtlichen Angelegenheiten kann die Komplexität just in der großen Anzahl von Beschuldigten oder Opfern liegen.³² Allerdings erfordert die Rechtsprechung des EGMR, dass die Konventionsstaaten ihr Rechtssystem so organisieren, dass ihre Gerichte eine Entscheidung innerhalb angemessener Frist garantieren können.³³ Dies ist bei Massenschäden nur durch eine Bündelung der Ansprüche, mithin durch Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes möglich – die Ereignisse am Landgericht Frankfurt nach dem *Telekom*-Börsengang haben das exemplarisch gezeigt.³⁴

²⁸ Zu den Schwierigkeiten der Verteilung marginaler Entschädigungen bereits 2. Teil, A.II.8. Eingehend zu dieser Diskussion *Stadler*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 117 ff.; *dies*, FS Schilken (2015), S. 481 ff.; *Heinemann*, Durchsetzung, S. 66 ff.; *Domej*, FS Sutter-Somm (2016), S. 65 f.; *Hess*, Verbesserung, S. 69, 78; sehr kritisch gegenüber dem Ausbau der Verbandsklagen *Säcker*, FS Reuter (2010), S. 325 ff., insbes. 341 ff.; für eine Gruppenklage auch bei Streuschäden etwa *Haberbeck*, Jusletter v. 24.3.2014, Rz. 6 ff., 31 ff.

²⁹ Vgl. auch *Lange*, S. 101 f.; *Kodek*, Möglichkeiten, S. 353 f.

³⁰ BGer 13.5.2015, 4A_190/2015, E. 2; BGE 130 I 269, E. 2.3.

³¹ BGer 13.5.2015, 4A_190/2015, E. 2; BGer 9.9.2014, 5D_65/2014, E. 4.1; EGMR, 29.5.1986, *Deumeland v. Germany*, Rz. 78 ff.

³² Vgl. EGMR, 17.7.2014, *Svinarenko and Slyadnev v. Russia*, Rz. 143; EGMR, 15.7.1982, *Eckle v. Germany*, Rz. 89; KG Basel-Landschaft, 3.11.2015, 460 15 143, E. 2.8; vgl. zu zivilrechtlichen Angelegenheiten auch die dt. Rspr.: BVerfG, 27.7.2004, NJW 2004, 3320 f.

³³ EGMR, 13.7.1983, *Zimmermann and Steiner v. Switzerland*, Rz. 29; EGMR, 4.6.1999, *Caillot v. France*, Rz. 27; EGMR, 27.6.2000, *Frydlander v. France*, Rz. 45; EGMR, 8.6.2006, *Sürmeli v. Germany*, Rz. 129.

³⁴ Bundesrat, Bericht 2013, S. 51; *Baetge/Eichholtz*, S. 298; *Lange*, S. 101 ff.; *Kodek*, Möglichkeiten, S. 353 f.; vgl. zur Rspr. in Deutschland auch BVerfG, 27.7.2004, NJW 2004, 3320, 3321; BVerfG, 2.3.1993, NJW 1993, 1635; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Rspr. des Bundesgerichts zu massenhaften Entschädigungsbegehren im Zusammenhang mit dem Flughafen Zürich: BGer 17.3.2016, 1C_256/2014 und zusammenhängende Verfahren, E. 1.1.

Wohl führen Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes ihrerseits zur Einschränkung wichtiger Grundsätze wie der Dispositionsfreiheit oder des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Wie noch zu zeigen sein wird, lassen sich diese Einschränkungen aber durchaus schlüssig rechtfertigen.³⁵

2. Konsensualer und kontradiktorischer kollektiver Rechtsschutz

Ergibt sich demnach aus dem Anspruch auf Justizgewährung eine Verpflichtung, die Funktionsfähigkeit der Justiz unter anderem durch Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes zu gewährleisten, ist näher auf das Verhältnis von einvernehmlichem und kontradiktorischem kollektiven Rechtsschutz einzugehen.

Wie gezeigt, haben die Rechtsunterworfenen grundsätzlich Anspruch auf Zugang zu einem mit umfassender Prüfungsbefugnis ausgestatteten Gericht, welches das Verfahren per Sachentscheidung beenden kann.³⁶ Prinzipiell ist Gleiches auch bei Massenschäden einzufordern: Sowohl die zahlreichen Kläger als auch die Beklagten können ein berechtigtes Interesse daran haben, dass ein Gericht mit umfassender Kognition über den Bestand der geltend gemachten Ansprüche entscheidet, ganz unabhängig davon, ob es sich um einen einzigen, hunderte oder tausende Ansprüche handelt. *Settlement class action*- und WCAM-Verfahren beruhen allerdings gerade auf dem Konzept, auf ein Klageverfahren mit materieller Anspruchsprüfung zu verzichten und stattdessen die Verbindlichkeit eines Gruppenvergleichs gegenüber möglichst vielen Betroffenen des Schadensereignisses zu erwirken. Für ein solches Vorgehen sprechen vor allem Effizienzgesichtspunkte: Die Erfahrung mit Gruppenverfahren im Ausland zeigt, dass selbst eine gebündelte (im Detail wie auch immer geregelte) Prüfung der Anspruchstatbestände nicht alle Schwierigkeiten ausräumen kann, die das materielle Recht bei Massenschäden aufgrund der schieren Anzahl der Ansprüche mit ihren – trotz Bündelung verbleibenden – individuellen Unterschieden und Interessenlagen verursacht. Der Abschluss eines Gruppenvergleichs ist deswegen oft die effizienteste Form der Streitbeilegung.³⁷ Die zwingend vorgesehene Überprüfung der Angemessenheit des Gruppenvergleichs und die Rechtskraftwirkung der gerichtlichen Genehmigung tragen

³⁵ Vgl. 3. Teil, C.II.

³⁶ 3. Teil, B.II.1.

³⁷ Vgl. MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 4 ff.; *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 790 (3rd Cir. 1995); Stadler, VbR 2015, 145, 146; dies., Mass litigation, 75; Domej, ZZP 125 (2012), 421, 455 f.; Stürner, ZZPInt 17 (2012), 259, 287; ders., ZZP 127 (2014), 271, 314 f.; Oberhammer, Gutachten ÖJT 2015, S. 142 ff.

zwar Züge einer Sachentscheidung³⁸ – alleine schon deshalb kann meines Erachtens nur bedingt von einer „Entrechtlichung“³⁹ durch Gruppenvergleichsverfahren die Rede sein.⁴⁰ Gleichwohl beruht der gerichtliche Gruppenvergleich auf privatautonomer Vereinbarung (mit der Besonderheit, dass typischerweise ein nicht aktiv dazu Bevollmächtigter disponiert⁴¹) und kann in der Tat nicht mit einem kontradiktorischen, auf die materielle Anspruchsprüfung ausgerichteten Verfahren im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29a BV gleichgesetzt werden.⁴²

Wenn das Gruppenvergleichsverfahren wie das WCAM als *opt-out*-Verfahren konzipiert ist, verhindert es zumindest bis zum Beginn der *opt-out*-Frist eine materielle Anspruchsprüfung und beschränkt insoweit auch (jedenfalls partiell) den Anspruch auf Justizgewährung der Geschädigten. Freilich dient das Gruppenvergleichsverfahren dem legitimen Ziel, einander widersprechende Urteile und eine Überlastung der Gerichte zu verhindern – und so den Beteiligten eine wenn auch nicht kontradiktorische, so doch verbindliche

³⁸ Auch die Anhörung der Geschädigten mag Elemente eines kontradiktorischen Verfahrens enthalten (vgl. *Los*, S. 27), sie liegt allerdings weit hinter dem zurück, was ein Streitiges Zivilverfahren an Angriffs- und Verteidigungsmitteln bieten würde. Zur ambivalenten Rechtsnatur genehmigter Gruppenvergleiche bereits 2. Teil, A.II.7 und 2. Teil, B.II.7.b.bb.

³⁹ Vgl. *Hess*, AG 2003, 113, 116; KK-KapMuG/*Hess*, Einl. N 40. Unter dem Begriff der Entrechtlichung wird freilich nicht immer dasselbe verstanden, vgl. auch *Eichholtz*, S. 258 f., 294.

⁴⁰ Auch in einem Gruppenvergleich verzichten (zumindest bei Massenschäden) die meisten Beteiligten freiwillig auf eine autoritative Feststellung des materiellen Rechts und unterwerfen ihre Rechtsbeziehung stattdessen autonom – aber in den Schranken der Rechtsordnung – einer neuen Regelung, vgl. 3. Teil, C.II.1 und E.III sowie 1. Teil, A.I–III. Abgesehen davon mag der Abschluss eines gerichtlichen (Gruppen-)Vergleichs im Einzelfall der Rechtsfortbildung hinderlich sein (vgl. *Contratto*, AJP 2012, 217, 220); auch diese Konsequenz ist grundsätzlich hinzunehmen, weil der Vergleich Ausdruck der Handlungsfreiheit der Parteien ist, dazu bereits 1. Teil, A.III; vgl. auch *Schneiders*, FS Schilken (2015), S. 467. Problematisch wird der Mangel an Rechtsfortbildung m.E. erst dann, wenn er flächendeckend aufgrund einer übermäßigen Förderung alternativer Streitbeilegungsmechanismen auftritt, vgl. etwa *Risse/Bach*, SchiedsVZ 2011, 14, 15; vgl. auch die Nw. in 2. Teil, A.II.1 (dort Fn. 117).

⁴¹ Näher zur Vertretungsbefugnis des Repräsentanten 3. Teil, D.IV.1; zur Frage der Privatautonomie auch 3. Teil, E.III.

⁴² Das führt nur auf den ersten Blick zu einer Diskrepanz mit der Qualifikation eines Gruppenvergleichs als Entscheid i.S.v. Art. 2 lit. a EuGVVO/Art. 32 LugÜ (vgl. dazu 2. Teil, B.II.7.b.bb). Mit Blick auf die EuGVVO rechtfertigt sich diese Qualifikation, weil es um die Frage geht, ob die Sperrwirkung eines (niederländischen) Gruppenvergleichs in der Schweiz anerkannt und damit ein nachträgliches Individualverfahren einer möglicherweise bereits durch den Gruppenvergleich entschädigten Person verhindert werden kann. Das ändert aber nichts daran, dass ein genehmigter Gruppenvergleich keine gerichtliche Sachentscheidung i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29a BV darstellen kann.

Streitbeilegung innerhalb angemessener Frist zu ermöglichen. Die damit einhergehende Einschränkung des Rechts auf eine Sachentscheidung scheint verhältnismäßig und verletzt auch nicht dessen „Wesensgehalt“, sollten die Geschädigten doch die (bei Massenschäden aufgrund der Schadenshöhe mehr oder weniger realistische⁴³) Möglichkeit haben, nach der Genehmigungsentcheidung aus dem Gruppenvergleich auszutreten und per Individualklage eine Entscheidung in der Sache zu erwirken. Handelt es sich demgegenüber um ein *opt-in*-Gruppenvergleichsverfahren, können die Geschädigten auf einen Beitritt verzichten und stattdessen individuell Klage erheben (wenn auch gegebenenfalls erst nach Aufhebung einer etwaigen Rechtshängigkeitssperre⁴⁴). Der Beklagte schließlich, der die Ansprüche einer Sachentscheidung zuführen möchte, kann sich bereits von Anfang an weigern, eine Gruppenvergleichsvereinbarung zu schließen.

Darin liegt nun aber das entscheidende Problem sowohl der *settlement class action* als auch des WCAM-Verfahrens: Ihre Wirksamkeit hängt in erster Linie davon ab, ob der Schädiger sich überhaupt gesprächsbereit zeigt.⁴⁵ Ist das nicht der Fall – und dafür mag es aus Sicht des Schädigers durchaus legitime Gründe geben –, können die Geschädigten in den USA immerhin versuchen, die Zulassung einer *litigation class action* zu erreichen. In den Niederlanden verbleibt den Geschädigten hingegen nur die Möglichkeit, individuell Klage einzureichen, was jedoch wie gezeigt rasch zu divergierenden Entscheidungen und zu Verfahrensverzögerungen führen kann.⁴⁶ Natürlich sind auch Situationen denkbar, in welchen die Geschädigten (bzw. deren Vertreter) einen Vergleichsvorschlag der Gegenseite ablehnen.⁴⁷ Gleichwohl haben Schädiger besonders in den Niederlanden einen ungemein größeren Anreiz, sich einem Gruppenvergleich zu verweigern, da sie so den Bündelungseffekt des Gruppenverfahrens von Beginn an verhindern und den Klägern die Rechtsdurchsetzung erschweren können. Insofern ist es unabhängig davon, ob die unterdessen vorgeschlagene Verbandsklage auf Schadenersatz als Ansatz überzeugt, zu begrüßen,

⁴³ Vgl. zur Kostenproblematik in Individualverfahren Schmid, S. 13 ff.; Meier/Schindler, S. 29 ff.

⁴⁴ Vgl. zur Rechtshängigkeitssperre bei *opt-in*-Gruppenverfahren Micklitz/Stadler, Gruppenklagen, S. 297 f.; Kodek, Möglichkeiten, S. 394.

⁴⁵ Dazu bereits Stadler, Bündelung I, S. 30; vgl. auch dies., GPR 2013, 281, 283.

⁴⁶ Die Abhängigkeit v.a. des WCAM-Verfahrens von der Vergleichsbereitschaft des Schädigers ist auch mit Blick auf den Grundsatz der Waffen- bzw. Chancengleichheit problematisch, wonach jede Partei die Gelegenheit haben muss, unter im Wesentlichen gleichwertigen Bedingungen vor Gericht ihren Fall zu präsentieren, vgl. EGMR, 27.10.1993, *Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands*, Ziff. 33; EGMR, 23.10.1996, *Ankerl v. Switzerland*, Ziff. 38; zur schweizerischen Rspr. und Lehre BGE 138 I 484, E. 2.1; BGE 137 V 210, E. 2.1.2.1; BGE 135 V 465, E. 4.3.1; SG Komm BV-Steinmann, Art. 29N 41.

⁴⁷ Vgl. Oberhammer, Gutachten ÖJT 2015, S. 116 f.; Bosters et al., NJB 2015, 1584, 1590.

dass darüber diskutiert wird, das niederländische Recht um ein kontradiktorisches Instrument zur Durchsetzung gleichgerichteter Leistungsansprüche zu erweitern.⁴⁸

3. Optionen für ein kontradiktorisches Gruppenverfahren

Grundsätzlich empfiehlt es sich demnach, das schweizerische Zivilprozessrecht um ein Gruppenvergleichsverfahren zu ergänzen, diesem aber zugleich ein kontradiktorisches Gruppenverfahren zur Seite zu stellen. Welche Form ein flankierendes kontradiktorisches Gruppenverfahren in der Schweiz haben sollte, kann und soll hier nicht umfassend untersucht werden. Immerhin ist aber Folgendes festzuhalten: Der Vorentwurf zum FIDLEG deutet darauf hin, dass der Bundesrat unter den ins Spiel gebrachten Alternativen⁴⁹ die Verbandsklage favorisiert.⁵⁰ Die Idee einer speziell auf Finanzdienstleistungen ausgerichteten Verbandsklage wurde unterdessen zwar aufgegeben, nach aktuellem Informationsstand soll aber stattdessen die Regelung einer allgemeinen Verbandsklage (und eines Gruppenvergleichsverfahrens) in die Arbeiten zur Anpassung der ZPO integriert werden.⁵¹ Dass der Bundesrat die Verbandsklage favorisiert, ist mit Blick auf die bereits existierenden Verbandsklagen im schweizerischen Recht⁵² und den vergleichsweise geringen Regelungsaufwand leicht nachvollziehbar. Für diesen Ansatz spricht nicht zuletzt auch die These, dass Verbände sich zur Vertretung der Interessen der Geschädigten besser eignen als einzelne Geschädigte.⁵³ Ob eine neue bzw. reformierte Verbandsklage, wie im Vorentwurf zum FIDLEG vorgeschlagen, auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung einer Pflichtverletzung, nicht aber auf Leistung, die gewünschte Wirkung zu erzielen vermag, ist jedoch zu bezweifeln.⁵⁴ Die aktuellen Reformbestrebungen in den Niederlanden zeigen jedenfalls, dass das Potential der allgemeinen Verbandsklage (Art. 3:305a BW) trotz positiven Erfahrungen als ungenügend beurteilt wird.⁵⁵ Anstatt auf die „faktische Präjudizwirkung“ von

⁴⁸ Vgl. 2. Teil, B.I.2; dazu auch *Stadler*, JZ 2015, 1138, 1147.

⁴⁹ Siehe Bundesrat, Bericht 2013, S. 22 ff., 28 ff., 32 ff.; vgl. auch den Regelungsvorschlag für eine Gruppenklage in der Schweiz von *Haberbeck*, Jusletter v. 12.1.2015.

⁵⁰ Vgl. Art. 101 ff. VE-FIDLEG; Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 20, 100 ff.; dazu krit. *Bohrer*, GesKR 2014, 318, 328 f.

⁵¹ Vgl. die Nw. in Einleitung, A.

⁵² Vgl. die Aufstellung in Bundesrat, Bericht 2013, S. 22 ff.; vgl. zur ursprünglich restriktiven Haltung gegenüber Verbandsklagen Botschaft ZPO, BBl 2006, 7221, 7289; dazu auch KUKO ZPO-Weber, Ph., Art. 89 N 6 ff.

⁵³ Dazu näher 3. Teil, D.II.2.

⁵⁴ Skeptisch auch *Kölz*, NZZ v. 8.8.2014, S. 18; *Rehm/Werlen*, S. 98; optimistischer mit Blick auf die Wirkung von Musterprozessen aber *Bruns*, ZZP 125 (2012), 399, 417.

⁵⁵ Vgl. 2. Teil, B.I.1, B.I.2 und B.III.

Verbandsklageentscheidungen in nachfolgenden Individualverfahren zu setzen⁵⁶, könnte man – wie in den Niederlanden – in Erwägung ziehen, eine Verbandsklage (auch) zur Durchsetzung individueller Leistungsansprüche der Geschädigten einzuführen.⁵⁷ Freilich gibt es gute Gründe gegen diesen Ansatz, namentlich etwa die Schwierigkeiten der Abgrenzung von Individualrechtsschutz und Prozessführung im Allgemeininteresse.⁵⁸ Diese Fragen müssten somit zunächst im Einzelnen geklärt werden.

III. Maßnahmen zur Förderung von Vergleichsverhandlungen

Losgelöst davon, welche Schlüsse man aus der Untersuchung des Anspruchs auf Justizgewährung in Bezug auf kontradiktorische Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes zieht, erfordert die Diskussion über das Potential eines schweizerischen Gruppenvergleichsverfahrens eine Auseinandersetzung mit Maßnahmen zur Förderung von Vergleichsverhandlungen bei Massenschäden. Aus der Reihe möglicher Maßnahmen sollen im Folgenden zwei Aspekte angesprochen werden: Die Sachverhaltsermittlung sowie Vorlageverfahren im Vorfeld von Gruppenvergleichsverfahren. Aufschlussreich ist abermals ein Blick auf die im zweiten Teil dargestellten Gruppenvergleichsverfahren, die deutliche Unterschiede bei der Ausgangslage für Vergleichsgespräche, namentlich bei der Sachverhaltsermittlung, erkennen lassen.

1. Sachverhaltsermittlung

Die weitgehenden gegenseitigen Auskunftspflichten der US-amerikanischen *discovery*, die ganz erheblich zur Vergleichsbereitschaft der Parteien und damit auch zum Erfolg der *settlement class action*-Verfahren beitragen dürften⁵⁹, sind dem niederländischen wie auch dem deutschen Recht unbekannt. Unterschiedlich ist die Ausgangslage mit Blick auf die Sachverhalts- und Beweisermittlung aber auch zwischen den Gruppenvergleichsverfahren des KapMuG und des WCAM, geht doch demjenigen des KapMuG in den Ausgangsverfahren und

⁵⁶ Vgl. Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 102.

⁵⁷ Vgl. den entsprechenden Vorschlag der Konsumentenverbände im Bericht Vernehm. FIDLEG/FINIG v. 13.3.2015, S. 43; siehe dazu auch *Hopt/Baetge*, S. 44 ff.; *Domej*, ZJP 125 (2012), 421, 447; *Wyss*, Jusletter v. 16.2.2015, Rz. 109 f.; *Stoffel*, S. 514 ff.

⁵⁸ Ablehnend gegenüber Verbandsklagen auf Schadenersatz bei Massenschäden *Micklitz/Stadler*, Klagearten, S. 1309 ff.; vgl. zum Ganzen auch *Domej*, FS Sutter-Somm (2016), S. 65 f.; Bundesrat, Bericht 2013, S. 27 f.; *Stadler*, Bündelung II, S. 8 ff.; *dies.*, FS Schilken (2015), S. 483 f.; *Stürner*, ZJP 127 (2014), 271, 315; *Wagner*, Kollektiver Rechtsschutz, S. 73 ff.

⁵⁹ Vgl. 2. Teil, A.I.6.

(je nach Verfahrensstand mehr oder weniger umfangreich auch) im Musterverfahren das gewöhnliche Beweisverfahren voraus⁶⁰, wohingegen die Stoffsammlung bei WCAM-Verfahren auf die stark limitierten Möglichkeiten der vorprozessualen Beweisermittlung beschränkt ist (es sei denn, dem WCAM-Verfahren gehen Verbandsklage- oder Individualklageverfahren voraus).⁶¹

Entschlüsse sich der schweizerische Gesetzgeber dazu, in der ZPO ein reines, d.h. von einer Verbands- oder Gruppenklage autonomes Gruppenvergleichsverfahren zu regeln (wie im Regelungsvorschlag des Vorentwurfs zum FIDLEG vorgesehen), wäre die Ausgangslage für die Parteien am ehesten mit derjenigen in den Niederlanden vergleichbar. Von Bedeutung wäre wohl in erster Linie die vorsorgliche Beweisabnahme.⁶² Sie kann nach Art. 158 Abs. 1 ZPO beantragt werden, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt oder die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Als schutzwürdiges Interesse i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO anerkannt ist unter anderem das Bedürfnis nach einer Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten.⁶³ Eine vorsorgliche Beweisführung kann allerdings nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden: Es muss glaubhaft gemacht werden, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den das materielle Recht dem Gesuchsteller einen Anspruch gegen den Gesuchsgegner gewährt.⁶⁴ Nach der jüngsten Rechtsprechung sind an das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, auch weil die vorsorgliche Beweisabnahme eine einvernehmliche Streitbeilegung fördern soll.⁶⁵

Im Vorfeld eines Gruppenvergleichsverfahrens müssten wohl „Mustergeschädigte“ bestimmt werden, die die vorsorgliche Beweisabnahme nur für ihre eigenen originären Ansprüche, aber hinsichtlich gruppenrelevanter Beweismittel beantragen würden. Gerade in solchen Konstellationen sollte das Erfordernis der Glaubhaftmachung des Hauptsacheanspruchs großzügig gehandhabt werden, weil angesichts der zahlreichen gleichgelagerten (mutmaßlichen) Ansprüche aus dem Massenschadensereignis nicht nur der Gesuchsteller, sondern

⁶⁰ Im Verfahren vor dem Oberlandesgericht ist das Beweisverfahren allerdings auf den eingegrenzten Streitgegenstand des Musterverfahrens beschränkt, vgl. 2. Teil, C.II.3.b.

⁶¹ Vgl. 2. Teil, B.II.3.a.

⁶² Dazu auch *Wyss*, Jusletter v. 16.2.2015, Rz. 94 ff.; zur Anwendbarkeit von Art. 8 DSGVO vgl. BGE 138 III 425, E. 4.4; ZK ZPO-*Fellmann*, Art. 158 N 31a.

⁶³ BGE 138 III 76, E. 2.4.2; BGE 140 III 16, E. 2.2.1; Botschaft ZPO, BBl 2006, 7221, 7315.

⁶⁴ BGE 138 III 76, E. 2.4.2; BGE 140 III 16, E. 2.2.2; dazu eingehend *Domej*, HAVE 2014, S. 71, 73 ff.

⁶⁵ BGE 140 III 16, E. 2.2.2 sowie E. 2.5; *Domej*, HAVE 2014, S. 71, 77; vgl. auch KUKO ZPO-*Weber*, R., Art. 158 N 3 ff.

sämtliche Gruppenmitglieder und zumindest mittelbar auch die Allgemeinheit ein Interesse an einer einvernehmlichen Streitbeilegung haben.⁶⁶

Im Unterschied zur US-amerikanischen *discovery* müssen bei der vorsorglichen Beweisabnahme nach Art. 158 ZPO freilich die einschlägigen Beweismittel, namentlich die zu edierenden Urkunden, genügend genau bezeichnet werden.⁶⁷ Die hohen Anforderungen an die Bezeichnung der Beweismittel verhindern sehr wirksam Beweisausforschungsbegehren, die nach einhelliger Auffassung verpönt sind.⁶⁸ Die Möglichkeiten, mithilfe von Editionsbegehren den Sachverhalt zu ermitteln, sind demnach mit Absicht stark eingeschränkt. Denkbar ist im hier interessierenden Zusammenhang immerhin, dass gewisse Beweismittel, die für die gleichgerichteten Ansprüche insgesamt relevant sind, dank der Masse an Geschädigten bei entsprechenden organisatorischen Vorkehrungen leichter eruiert und bezeichnet werden könnten.

Erschwert wird die Beweisabnahme aber auch dadurch, dass sie gegenüber der gegnerischen Partei nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann.⁶⁹ Unberechtigte Verweigerung der Mitwirkung kann nur bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (Art. 164 ZPO) – eine Sanktion, die gerade bei (reinen) Gruppenvergleichsverfahren ins Leere läuft, da es im Rahmen dieses Verfahrens gar nie zu einer materiellrechtlichen Anspruchsprüfung kommt.⁷⁰

Eine nennenswerte Erleichterung der Sachverhaltsermittlung wäre nach dem Gesagten nur dann zu erwarten, wenn die Anforderungen an die Bezeichnung der Beweismittel gesenkt würden und die Auskunfts- oder Herausgabebegehren notfalls mit Zwang durchgesetzt werden könnten. Zumindest die letztgenannte Maßnahme wäre, weil sie das geltende Beweisrecht tiefgreifend verändern würde, nach hier vertretener Auffassung unverhältnismässig (und hätte wohl auch kaum Chancen auf Realisierung).⁷¹ Erwägenswert wären allenfalls weniger strenge Anforderungen an die Bezeichnung der Beweismittel;

⁶⁶ Zum Interesse am Abschluss eines Gruppenvergleichs auch *Wyss*, Jusletter v. 16.2.2015, Rz. 99; ohne Bezug zum kollektiven Rechtsschutz auch *Domej*, HAVE 2014, S. 97.

⁶⁷ Vgl. BGE 141 III 564, E. 4.2 – der Entscheid geht allerdings nicht auf die Frage der Substantiierung ein; dazu aber BGer 10.11.2011, 4A_269/2011, E. 3.3.2; vgl. auch HGer ZH, 25.2.2016, ZR 115 (2016) Nr. 64 (S. 250) E. 6 f.; *Schweizer*, ZZZ 2010, 3, 14 f.

⁶⁸ Vgl. BGE 132 III 291, E. 2.1; OGer ZH, 6.12.2016, RU160027, E. 5; *Schweizer*, ZZZ 2010, 3, 14 f.; ZK ZPO-Fellmann, Art. 158 N 17b, m.w.H.

⁶⁹ *Schweizer*, ZZZ 2010, 3, 14 f.; *Domej*, HAVE 2014, S. 87 f.

⁷⁰ Insofern würde der Vorschlag, mit Blick auf Kollektivverfahren auch die Parteibefragung (Art. 191 ZPO) und Beweisaussage (Art. 192 ZPO) bei der vorsorglichen Beweisabnahme zuzulassen (dafür *Wyss*, Jusletter v. 16.2.2015, Rz. 99), am beschränkten Potential der vorsorglichen Beweisabnahme – zumindest in Bezug auf Gruppenvergleichsverfahren – wohl wenig ändern; vgl. auch *Domej*, HAVE 2014, S. 86 f.

⁷¹ Zur h.L. KUKO ZPO-Weber, R., Art. 158 N 4b; *Domej*, HAVE 2014, S. 77; ZK ZPO-Fellmann, Art. 158 N 17b. Eine Auskunfts- oder Herausgabepflicht der Gesuchsgegnerin

als Regulativ wurde in dieser Beziehung vorgeschlagen, die Anforderungen umso restriktiver auszugestalten, je extensiver die Begehren gestellt werden.⁷²

Würden die vorsorglich abgenommenen Beweismittel in das Gruppenvergleichsverfahren eingebracht, wäre deren Verwertbarkeit zu klären. Zumindest die schriftlichen Beweismittel (Urkunden, Gutachten und schriftliche Auskunft, Art. 168 Abs. 1 lit. b, d und e ZPO) sollten in einem Gruppenvergleichsverfahren grundsätzlich verwertbar sein, solange sämtliche Beteiligten die Möglichkeit haben, sich dazu zu äussern.⁷³ Probleme könnten sich vor allem beim Zeugnis und beim Augenschein ergeben (Art. 168 Abs. 1 lit. a und c ZPO), weil die Parteien ein Recht haben, den Zeugen Ergänzungsfragen zu stellen (Art. 173 ZPO) und am Augenschein teilzunehmen (Art. 181 Abs. 2 ZPO⁷⁴). Weil beides bei einer großen Anzahl von Geschädigten kaum umsetzbar sein dürfte, müsste die Möglichkeit, zum jeweiligen Protokoll (Art. 176, Art. 182 ZPO) Stellung zu nehmen, in Gruppen(-vergleichs-)verfahren wohl ausnahmsweise genügen.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang ferner, dass die gesuchstellende Partei prinzipiell sämtliche Kosten der vorsorglichen Beweisabnahme, d.h. zusätzlich zu den Gerichtskosten auch die Parteientschädigung der Gesuchsgegnerin, zu tragen hat.⁷⁵ Bereits bei Zweiparteienverfahren kann diese Pflicht für die gesuchstellende Partei ein erhebliches Kostenrisiko darstellen⁷⁶; im Zusammenhang mit Massenschäden ist überdies noch völlig unklar, welche Kostenfolgen sich bei einem Antrag auf vorsorgliche Beweisabnahme ergeben würden.⁷⁷

unter Zwangsandrohung war dem vormals kantonalen Zivilprozessrecht indes nicht gänzlich unbekannt, vgl. Art. 170 Abs. 3 aZPO/GR; *Guyan*, S. 109 f.

⁷² Vgl. *Wyss*, Jusletter v. 16.2.2015, Rz. 99; vgl. auch *Heinemann*, Durchsetzung, S. 98 ff. (mit Blick auf kartellrechtliche Streitigkeiten, ohne Bezug zur vorsorglichen Beweisabnahme).

⁷³ Vgl. BGE 135 I 187, E. 2.2; BGE 127 I 54, E. 2b; BGE 124 I 241, E. 2; vgl. zu den Beteiligungsmöglichkeiten der Gruppenmitglieder 3. Teil, C.II.2.

⁷⁴ BGE 112 Ia 5, E. 2b ff.

⁷⁵ BGE 140 III 30, E. 3 ff.

⁷⁶ *Domej*, HAVE 2014, S. 90, 96.

⁷⁷ Die Gerichtskosten bemessen sich nach dem Streitwert der Hauptsache (h.M., vgl. nur *Domej*, HAVE 2014, S. 90). Eine Zusammenrechnung der Streitwerte aller Ansprüche aus dem Massenschaden nach Art. 93 ZPO analog scheint zwar nicht ausgeschlossen, aber unwahrscheinlich; vgl. etwa die Zürcher Rspr., wonach bei vorsorglicher Beweisabnahme nur ein Teil des Streitwerts der Hauptsache als Richtwert angenommen wird: HGer ZH, ZR 112 (2013) Nr. 3 (S. 17) E. 11; OGer ZH, 30.7.2013, LF130032, E. 4.5; *Domej*, HAVE 2014, S. 90 f., auch mit Hw. auf die Rspr. zur Kostenverteilung nach Billigkeit (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO; BGE 139 III 33, E. 4.2).

Immerhin werden die Hürden der vorsorglichen Beweisabnahme nach Art. 158 ZPO durch materiellrechtliche Editionspflichten teilweise relativiert.⁷⁸ Insbesondere im Bereich von Finanzdienstleistungen wird die bereits aufgrund von Art. 400 OR und Art. 8 DSG bestehende⁷⁹ Editionsspflicht möglicherweise in absehbarer Zeit erweitert: Nach Art. 75 des Entwurfs zum FIDLEG sollen Kunden einen Anspruch auf Herausgabe von Dokumenten haben, die der Finanzdienstleister im Rahmen der Geschäftsbeziehung erstellt.⁸⁰ Sie könnten ihren Herausgabeanspruch notfalls vor Gericht durchsetzen (Art. 76 E-FIDLEG). Der Regelungsvorschlag zum Herausgabeanspruch stieß im Vernehmlassungsverfahren auf wenig Widerstand.⁸¹

Nur am Rande erwähnt sei schließlich das Sonderprüfungsverfahren nach Art. 697a ff. OR, das (wie in den Niederlanden⁸²) bei finanz- und gesellschaftsrechtlichen Massenschäden allenfalls zur Sachverhaltsermittlung eingesetzt werden kann.⁸³

2. Vorlageverfahren

Neben Maßnahmen zur Erleichterung der vorprozessualen Sachverhalts- und Beweisermittlung könnte auch ein Vorlageverfahren nach dem niederländischen Vorbild⁸⁴ in Erwägung gezogen werden. Gegenüber einem Musterprozess⁸⁵, bei dem oft der gesamte Instanzenzug ausgeschöpft wird, der deshalb rasch mehrere Jahre dauert und erhebliche Kosten verursacht, hätte ein solches Verfahren den Vorteil, dass in relativ kurzer Zeit eine höchstgerichtliche Entscheidung von Rechtsfragen, die in zahlreichen (gleichgelagerten) Fällen relevant sind, erreicht werden könnte.⁸⁶

Der Regelungsaufwand für ein solches Verfahren wäre wohl beträchtlich, die Idee indes nicht völlig neu, wurde über ein beim Bundesgericht angesiedeltes Vorlageverfahren doch bereits diskutiert, wenn auch ausschließlich im Zusammenhang mit der Frage der Zugangsbeschränkung als Maßnahme zur

⁷⁸ Dies setzt im Zweifelsfall aber den Gang vor Gericht voraus, vgl. BGE 141 III 564, E. 4.

⁷⁹ Vgl. BGE 138 III 425, E. 4.4 ff.; BGE 139 III 49, E. 4.

⁸⁰ Vgl. E-FIDLEG, BBl 2015, 9093, 9119 f.; Botschaft FIDLEG, BBl 2015, 8901, 8995 f.; vgl. auch Wyss, Jusletter v. 16.2.2015, Rz. 100 ff.

⁸¹ Vgl. Bericht Vernehmml. FIDLEG/FINIG v. 13.3.2015, S. 37 f.

⁸² Vgl. 2. Teil, B.II.3.a.

⁸³ Dazu etwa von der Crone/Baum, GesKR 2016, 278, 280 ff.

⁸⁴ Vgl. 2. Teil, B.II.3.d.

⁸⁵ Differenzierend zu diesem Begriff Schmidt (in Vorbereitung); dazu auch 1. Teil, B.III.2.

⁸⁶ Vgl. aber zu den Grenzen des Potentials von Vorlageverfahren Bosters et al., NJB 2015, 1584, 1589 f.

Entlastung des Bundesgerichts.⁸⁷ Eine Art Vorlageverfahren (über zwei Instanzen) existiert zwar bereits nach geltendem Recht⁸⁸, dürfte jedoch im hier interessierenden Zusammenhang wenig hilfreich sein: Gestützt auf Art. 125 lit. a ZPO kann ein Gericht das Verfahren auf einzelne Fragen oder Rechtsbegehren beschränken und einen Zwischenentscheid fällen, sofern durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt wird und so ein bedeutender Zeit- und Kostenaufwand eingespart werden kann (Art. 237 Abs. 1 ZPO). Dieser Zwischenentscheid ist bis vor Bundesgericht selbständig anfechtbar (Art. 237 Abs. 2, Art. 308 Abs. 1 lit. a, Art. 319 lit. a ZPO; Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Bei Massenschäden ließe sich eine Beschränkung des Verfahrens auf die gemeinsamen Rechtsfragen wohl durchaus rechtfertigen. Allerdings muss nach lit. a sofort ein Endentscheid herbeigeführt werden können – bei einer isolierten Prüfung der gemeinsamen Rechtsfragen wird das gerade nicht der Fall sein.⁸⁹

IV. Fazit

Gruppenvergleichsverfahren können zur Bewältigung von Massenschäden und damit zur Gewährleistung des Anspruchs auf Justizgewährung beitragen – das bezeugen nicht nur die Erfahrungen mit der US-amerikanischen *class action* und dem WCAM, sondern auch mit vergleichbaren Verfahren etwa in Kanada⁹⁰ oder in Australien.⁹¹ Wird das Gruppenvergleichsverfahren aber, wie gegenwärtig in den Niederlanden, nicht von einem kontradiktorischen Gruppenverfahren flankiert, kann der Anspruch der Geschädigten auf Justizgewährung nicht vollumfänglich gewährleistet werden. Dies, weil das Verfahren wirkungslos bleibt, wenn bei den Parteien die Bereitschaft zum Abschluss eines Vergleichs fehlt. Das legitime Interesse gerade auch des Beklagten an einer materiellen Prüfung zahlreicher gleichgerichteter Ansprüche spricht demnach dafür, aus dem Anspruch auf Justizgewährung eine Verpflichtung abzuleiten, das Justizsystem sowohl um konsensuale als auch um kontradiktorische Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes zu ergänzen. Ob die im Vorentwurf zum FIDLEG vorgeschlagene Kombination eines reinen Gruppenvergleichsverfahrens mit einer Verbandsklage dem Anspruch auf Justizgewährung genügt, ist angesichts des beschränkten Potentials der Verbandsklage zu bezweifeln – jedenfalls solange diese nicht auf die Durchsetzung von Leistungsansprüchen ausgeweitet wird.

⁸⁷ Vgl. Schlussbericht Totalrevision Bundesrechtspflege (1997), S. 30, 35 f., 114 f.; SG Komm BV-Kiss/Koller, Art. 191 N 25 ff.

⁸⁸ KUKO ZPO-Weber, R., Art. 125 N 3.

⁸⁹ Vgl. zu Art. 125 lit. a ZPO näher BGE 132 III 785, E. 4.1 = Pra 96 (2007), Nr. 82.

⁹⁰ Dazu Kalajdzic, S. 132 ff.; Piché, S. 2.

⁹¹ Vgl. etwa Legg, S. 172 ff.

Abgesehen von der Diskussion darüber, welche Gestalt ein flankierendes kontradiktorisches Gruppenverfahren haben sollte, ist mit Blick auf die Einführung eines Gruppenvergleichsverfahrens eine Auseinandersetzung mit Maßnahmen zur Förderung von Vergleichsverhandlungen vonnöten. Dabei zeigt sich, dass das Potential der bestehenden Möglichkeiten vorprozessualer Sachverhaltsermittlung begrenzt ist. Prüfwert wäre eine vorsichtige Lockerung der Anforderungen an die Bezeichnung der Beweismittel im Rahmen der vorsorglichen Beweisabnahme. Zur Sachverhaltsermittlung wie auch zur Klärung von Rechtsfragen dürften im Vorfeld von Gruppenvergleichsverfahren überdies namentlich Musterprozesse eine Rolle spielen. Weil Musterprozesse aber rasch viele Jahre in Anspruch nehmen, könnte die Einführung eines Vorlageverfahrens beim Bundesgericht in Erwägung gezogen werden.

C. Opt-in / opt-out

I. Form, Wirkung und Verbreitung des opt-in- und opt-out-Ansatzes

Abgesehen von „echten“ Zwangsverfahren, in die die Beteiligten automatisch und ohne Austrittsmöglichkeit einbezogen werden⁹², sind Gruppenverfahren nach dem *opt-in*- oder nach dem *opt-out*-Prinzip ausgestaltet: Die Bindungswirkung eines Urteils oder eines Gruppenvergleichs gegenüber den Geschädigten setzt entweder deren Beitritt (*opt-in*) oder, bei automatischem Einbezug, deren Verzicht auf einen Austritt (*opt-out*) voraus. Die Entscheidung für ein *opt-in*- oder ein *opt-out*-Verfahren hat erheblichen Einfluss auf die Effektivität des Gruppenverfahrens: Ausländische Untersuchungen zeigen übereinstimmend, dass *opt-in*-Verfahren im Durchschnitt deutlich geringere Teilnahmequoten aufweisen als *opt-out*-Verfahren.⁹³ Auch wenn im Einzelfall Faktoren wie der Anwendungsbereich des Gruppenverfahrens oder die Größe der Gruppe einen erheblichen Einfluss auf die Beteiligungsquote haben können, sind insgesamt wohl primär ökonomische und verhaltenspsychologische Gründe für die Diskrepanz zwischen den Quoten ursächlich.⁹⁴ Isoliert betrachtet, würde die höhere Teilnahmequote somit ohne weiteres für ein *opt-out*-Verfahren sprechen.

⁹² Vgl. zu den *mandatory class actions* 2. Teil, A.I.1; zu Rückerstattungsklagen nach Art. 85 KAG etwa Bundesrat, Bericht 2013, S. 33 f.

⁹³ Vgl. *Mulheron*, 15 Colum. J. Eur. L. 409, 431 ff. (2009) mit zahlreichen Nw.; *Eisenberg/Miller*, 57 Vand. L. Rev. 1529, 1546 (2004); *Willging/Hooper/Niemic*, 71 N.Y.U. L. Rev. 74, 135 (1996).

⁹⁴ Dazu näher *Issacharoff/Miller*, 62 Vand. L. Rev. 179, 202 ff. (2009); *Domej*, ZZP 125 (2012), 421, 445 f.; *Hensler et al.*, S. 476 f.; *Mulheron*, 15 Colum. J. Eur. L. 409, 427 ff. (2009).

Allerdings wurden *opt-out*-Verfahren in Europa lange mehrheitlich aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken abgelehnt.⁹⁵ War noch vor wenigen Jahren die klare Mehrheit der Gruppenverfahren in Europa nach dem *opt-in*-Prinzip konzipiert⁹⁶, halten sich *opt-in*- und *opt-out*-Verfahren unterdessen beinahe die Waage, wenn auch gewisse Staaten *opt-out*-Verfahren nur ausnahmsweise auf Veranlassung des Gerichts hin (wie in Dänemark und Norwegen) oder nur in bestimmten Rechtsgebieten (Großbritannien) zulassen.⁹⁷ Diese jüngsten Entwicklungen zeigen, dass die Vorbehalte gegenüber dem *opt-out*-Prinzip auch in Europa nicht unumstößlich sind. Eher vage ist in dieser Beziehung denn auch die Kommissionsempfehlung an die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in der zwar grundsätzlich das *opt-in*-Prinzip propagiert wird, zugleich aber *opt-out*-Verfahren für zulässig erklärt werden, solange sie „mit Gründen der ordnungsgemäßen Rechtspflege gerechtfertigt“ werden können.⁹⁸

Auch in der Schweiz sind die Meinungen zu *opt-out*-Verfahren geteilt.⁹⁹ Der Bundesrat spricht sich in seinem Bericht zum kollektiven Rechtsschutz zwar eindeutig gegen eine repräsentative Gruppenklage nach dem *opt-out*-Modell aus, erklärt jedoch zugleich das niederländische WCAM und (wohl) damit implizit auch dessen *opt-out*-Konzeption als prüfenswerte Option.¹⁰⁰ Tatsächlich folgt der nach Veröffentlichung des Berichts erarbeitete Regelungsvorschlag für ein Gruppenvergleichsverfahren im Vorentwurf zum FIDLEG dem *opt-out*-

⁹⁵ Vgl. Begründung KapMuG 2005, Drs. 15/5091, S. 17; von Bar, Gutachten 62. DJT, S. A 100 f.; Stadler, Bündelung I, S. 16 ff.; Rechberger, FS Krejci (2001), S. 1831, 1846 f.; Scholz, ZG 2003, 248, 256 ff.; Ebbing, ZVglRWiss 103 (2004), 31, 46 f.; Micklitz/Stadler, Klagearten, S. 1382 ff.; Hess, Verbesserung, S. 79 f.; Säcker, FS Reuter (2010), S. 338; Lange, S. 130 ff.; Eichholtz, S. 230; Bergmeister, S. 43 ff., 322; Hass, S. 305 f.; 320 f.; a.A. etwa Gottwald, ZZP 91 (1978), 1, 7 ff.; Hopt/Baetge, S. 50 f.; Lindblom, Forum Internationale Nr. 23 (1996), 1, 15 ff.; Kodek, Möglichkeiten, S. 394 f.; Caponi, ZZPInt 16 (2011), 1, 12 f.

⁹⁶ So noch Bundesrat, Bericht 2013, S. 37 f.

⁹⁷ Vgl. zu Dänemark und Norwegen Ervo, S. 185 ff.; zum neuen *opt-out*-Verfahren in Großbritannien Mulheron, (2016) 35(1) C.J.Q., 14 ff.; und in Belgien Voet, VbR 2015, 153 ff.

⁹⁸ Kommission, Empfehlung 2013, S. 64 (Nr. 21); dazu Stadler, ZfPW 2015, 61, 64 f.

⁹⁹ Ablehnend Bohnet, SZPP 2013, 439, 445; Haberbeck, Jusletter v. 24.3.2014, Rz. 37 ff.; ders., Jusletter v. 12.1.2015, Rz. 56 f.; Wyss, Jusletter v. 16.2.2015, Rz. 117 f.; Heinemann, Verantwortlichkeit, S. 147; Contratto, AJP 2012, 217, 242; Dickenmann, AwR 2009, 467, 468; Gordon-Vrba, S. 122 ff., 224 f.; Brunner, Verband, S. 152; wohl auch Joos, AwR 2013, 487, 493; demgegenüber (zumindest grundsätzlich) für die Zulässigkeit von *opt-out*-Verfahren Domej, ZZP 125 (2012), 421, 438 f., 444 f.; Kölz, ZBJV 149 (2013), 865, 873 ff.; Romy, Litiges, S. 283 ff., insbes. 297 ff.; Jeandin/Sabeti, S. 143 ff.; Perucchi, AJP 2011, 489, 501; vorsichtig auch Droese, S. 146; Rehm/Werlen, S. 98; für eine Zwangsgemeinschaft ohne *opt-out*-Möglichkeit bei Massenschäden Stark/Knecht, ZSR 1978 I, 51 ff.

¹⁰⁰ Siehe Bundesrat, Bericht 2013, S. 40 f., 57.

Prinzip (Art. 111 VE-FIDLEG).¹⁰¹ In der Vernehmlassung wurde die *opt-out*-Regelung bemerkenswerterweise kaum kritisiert.¹⁰²

II. Anforderungen aus dem Dispositionsgrundsatz und dem Anspruch auf rechtliches Gehör

Die Argumente, die für ein *opt-in*- und gegen ein *opt-out*-Verfahren angeführt werden, beziehen sich im Wesentlichen auf den Dispositionsgrundsatz und den Anspruch auf rechtliches Gehör: Die Wirkungserstreckung eines Urteils oder eines Gruppenvergleichs gegenüber den Gruppenmitgliedern lässt sich wesentlich einfacher rechtfertigen, wenn jedes Gruppenmitglied seinen Beitritt in das Verfahren erklärt hat und dementsprechend auch über seine (je nach Verfahren mehr oder weniger stark beschränkten) Beteiligungsrechte informiert war. Demgegenüber besteht bei *opt-out*-Verfahren typischerweise die Gefahr, dass nicht alle Geschädigten, die automatisch als Gruppenmitglieder gelten, Kenntnis von dem Verfahren erlangen und sich aktiv daran beteiligen oder ihren Austritt erklären können.

1. Dispositionsmaxime

Wie gezeigt, ist die prozessrechtliche Dispositionsmaxime ein grundlegendes Prinzip der schweizerischen Rechtsordnung.¹⁰³ Sie umfasst die Freiheit, über die Einleitung einer Klage zu entscheiden, die zumindest für sich genommen wohl durch die Kombination von Art. 29a BV, Art. 26 BV, Art. 27 BV und Art. 10 BV verfassungsrechtlich garantiert ist¹⁰⁴ und nur im Rahmen von Art. 36 BV eingeschränkt werden darf.

Nun basiert jedes Gruppenverfahren mehr oder weniger stark auf dem Prinzip der Repräsentation, d.h. das Gruppenverfahren wird aufseiten der Geschädigten in der Regel entweder von einem Gruppenmitglied oder von einem Dritten eingeleitet.¹⁰⁵ Nach dem *opt-out*-Prinzip werden die Gruppenmitglieder ohne deren vorgängige Zustimmung automatisch in das Verfahren einbezogen, was durchaus mit einer Einschränkung der Dispositionsfreiheit des einzelnen

¹⁰¹ Vgl. Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 110.

¹⁰² In nur vier von mindestens 159 Stellungnahmen stieß der *opt-out*-Ansatz auf Kritik, vgl. Bericht Vernehmll. FIDLEG/FINIG v. 13.3.2015, S. 43.

¹⁰³ Vgl. 1. Teil, A.I.

¹⁰⁴ Vgl. zur Rechtslage in Deutschland *Stürner*, FS Baur (1981), S. 651 ff.; *Lange*, S. 131 f.; zur verfassungsrechtlichen Garantie der Privatautonomie und Vertragsfreiheit SG Komm BV-*Vallender*, Art. 27 N 44 f.; zum Recht auf persönliche Freiheit SG Komm BV-*Schweizer*, Art. 10 N 38 („Recht zur eigenen Gestaltung der wesentlichen Aspekte [des] Lebens“). Die Schweiz hat das erste Zusatzprotokoll zur EMRK, das in Art. 1 das Recht auf Eigentum schützt, bisher nicht ratifiziert.

¹⁰⁵ Dazu näher 3. Teil, D.I.

Geschädigten verbunden ist. Im Idealfall ist diese Einschränkung aber nur vorübergehend: Werden die Geschädigten dann tatsächlich über die Einleitung des Verfahrens und über ihr Austrittsrecht informiert, können sie frei entscheiden, ob sie am Verfahren teilnehmen oder austreten und gegebenenfalls ihren Anspruch auf dem Weg der Individualklage geltend machen.¹⁰⁶ Aufgrund der Austrittsmöglichkeit berührt ein *opt-out*-Verfahren den Kern ihrer Dispositionsfreiheit nicht. Dabei muss der passive Verzicht auf ein *opt-out* kraft Gesetzes als konkludente Zustimmung zur Teilnahme am Gruppenvergleich gelten¹⁰⁷ – strengere Anforderungen würden auf ein *opt-in*-Verfahren hinauslaufen.

a) Mitwirkungslast

Der Einbezug in das Gruppenverfahren auch bei bloßem Nichtstun ist zwar keineswegs unproblematisch, aber wohl vertretbar, wenn man bedenkt, dass Anspruchsprätendenten auch in gewöhnlichen Zweiparteienverfahren eine Mitwirkungslast (Obliegenheit zur Teilnahme) treffen kann: Erhebt der Anspruchsgegner eine negative Feststellungsklage (Art. 88 ZPO), kann das Gericht einen Säumnisentscheid fällen, sofern die Sache spruchreif ist (Art. 223 und Art. 234 ZPO).¹⁰⁸ Diese Regelung ist mit der Dispositionsfreiheit (und dem Anspruch auf rechtliches Gehör¹⁰⁹) vereinbar, weil die betroffene Partei trotz gegebener Möglichkeit ihre Rechte nicht wahrnimmt.¹¹⁰ In abgewandelter bzw. ergänzter Form lässt sich mit demselben Argument auch bei *opt-out*-Gruppenverfahren die Obliegenheit, entweder (gegebenenfalls passiv) teilzunehmen oder aber die Austrittserklärung abzugeben, legitimieren: Solange zum einen die Möglichkeit zur aktiven Teilnahme tatsächlich besteht und zum anderen mit der gerichtlichen Überwachung des Repräsentanten (und weiterer involvierter Akteure)¹¹¹ sowie mit der gerichtlichen Überprüfung eines Gruppenvergleichs dafür gesorgt ist, dass die Interessen der Gruppenmitglieder

¹⁰⁶ Vgl. *Oberhammer*, Gutachten ÖJT 2015, S. 130; *Lange*, S. 136; *Lindblom*, Forum Internationale Nr. 23 (1996), 1, 18.

¹⁰⁷ *Micklitz/Stadler*, Allgemeine Fragen, S. 1233; vgl. aber zum nachträglichen Austrittsrecht 3. Teil, C.II.1.e; zur dogmatischen Einordnung der Vertretungsbefugnis des Repräsentanten 3. Teil, D.IV.1.

¹⁰⁸ Vgl. auch *Kölz*, SZIER 2012, 43, 64; *Domej*, ZZP 125 (2012), 421, 439; zum Säumnisentscheid bei Spruchreife etwa BGer, 2.11.2016, 4A_452/2016, E. 2; HGer ZH, 11.11.2016, HG160106, E. 1.1 ff.; HGer ZH, 20.9.2016, HG160081, E. 1.1 ff.

¹⁰⁹ Dazu näher 3. Teil, C.II.2.

¹¹⁰ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 105 N 2; *Kummer*, S. 90.

¹¹¹ Dazu 3. Teil, D.V und F.IV.

bestmöglich geschützt werden, erscheint die durch *opt-out*-Verfahren begründete Mitwirkungslast zumindest gegenüber tatsächlich informierten Gruppenmitgliedern vertretbar.¹¹²

Aufgrund der temporären Einschränkung der Dispositionsfreiheit benachrichtigter Gruppenmitglieder müssen sich *opt-out*-Verfahren allerdings – wie übrigens auch *opt-in*-Verfahren, die eine Rechtshängigkeitssperre vorsehen¹¹³ – ihrerseits am Beschleunigungsgebot (Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV)¹¹⁴ messen lassen. Zumindest die niederländischen Erfahrungen mit dem WCAM sind in dieser Hinsicht ermutigend: Die durchschnittliche Verfahrensdauer, gemessen von der Antragstellung bis zur Verbindlicherklärung, betrug bisher ca. 15 Monate.¹¹⁵ Auch wenn man die *opt-out*-Frist von (mindestens) drei Monaten hinzurechnet, mit deren Ablauf auch die Rechtshängigkeitssperre gegenüber Individualverfahren entfällt, dürfte die durchschnittliche Dauer von WCAM-Verfahren noch im Rahmen des Zumutbaren liegen.¹¹⁶

Noch ungeklärt ist damit die Frage, ob das *opt-out*-Prinzip auch gegenüber Geschädigten, die (aus welchen Gründen auch immer) keine Kenntnis vom Gruppenverfahren erlangt und deshalb faktisch keine Entscheidungsfreiheit in Bezug auf die Teilnahme oder Nichtteilnahme am Verfahren gehabt haben, legitimiert werden kann.

b) Rechtfertigung bei Streuschäden und Massenschäden

Vorauszuschicken ist zunächst, dass die Rechtsprechung des EGMR in dieser Beziehung bislang kaum ergiebig ist: Aus den beiden Entscheidungen *Lithgow* und *Wendenburg* lässt sich wenig Allgemeingültiges über *opt-in*- oder *opt-out*-Verfahren ableiten, da es sich jeweils um Sonderkonstellationen – ein Enteignungsverfahren und ein Verfassungsgerichtsverfahren – handelte.¹¹⁷ Wohl bestätigen die beiden Entscheidungen, dass Sachlagen, in die zahlreiche An-

¹¹² So wohl auch *Domej*, ZJP 125 (2012), 421, 439 f.; *Lange*, S. 136; *Micklitz/Stadler*, Allgemeine Fragen, S. 1233; vgl. zur Rechtfertigung der *opt-out*-Sammelklage in den USA auf der Grundlage der sog. *consent theory* etwa *Baetge/Eichholtz*, S. 300; *Yeazell*, Group Litigation, S. 255 f.

¹¹³ Vgl. 3. Teil, B.II.2.

¹¹⁴ Dazu bereits 3. Teil, B.II.1.

¹¹⁵ Vgl. auch die Eckdaten zu den Verfahren in Anhang 2 (S. 222).

¹¹⁶ Den meisten WCAM-Verfahren gingen freilich streitige Individual- und Verbandsklageverfahren voraus.

¹¹⁷ Vgl. EGMR, 8.7.1986, *Lithgow et al. v. United Kingdom*, Ziff. 193 ff.; EGMR, 6.2.2003, *Wendenburg et al. v. Germany*, Ziff. 3; dazu *Lange*, S. 132 ff.; krit. auch *Domej*, ZJP 125 (2012), 421, 439; a.A. wohl *Kodek*, Möglichkeiten, S. 354 ff.

spruchsteller bzw. Betroffene involviert sind, Einschränkungen des Justizgewährungsanspruchs legitimieren.¹¹⁸ Konkretes über die Anforderungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK an Gruppenverfahren ist ihnen indes nicht zu entnehmen.

Die Bindungswirkung von *opt-out*-Gruppenverfahren auch gegenüber Geschädigten, die nicht über das Verfahren informiert waren, wird oft primär oder auch ausschließlich in Bezug auf Streuschäden für legitim gehalten, weil die Geschädigten aus „rationaler Apathie“, Unerfahrenheit oder Unkenntnis ohnehin darauf verzichten würden, ihren Anspruch durchzusetzen – ein *opt-out*-Verfahren würde ihre Dispositionsfreiheit zumindest faktisch gar nicht tangieren.¹¹⁹ Dieser Gedanke dürfte etwa der dänischen und der norwegischen Regelung zugrunde liegen, die *opt-out*-Verfahren bei Streuschäden auf gerichtliche Anordnung hin (und im Falle Dänemarks zusätzlich nur auf Initiative einer staatlichen Institution) zulassen.¹²⁰ Im Vordergrund steht bei diesem Ansatz demnach die Bewährung der Rechtsordnung und das Konzept des *private law enforcement*.¹²¹ Wie gezeigt, stellt sich indes die Frage, ob nicht gerade in diesen Fällen Gewinnabschöpfungs- und andere Verbandsklagen eine wirksamere Rechtsdurchsetzung ermöglichen würden.¹²²

Anders als bei Streuschäden haben die Betroffenen bei Massenschäden grundsätzlich ein genügendes Interesse an der Durchsetzung ihrer Ansprüche. Die Bindungswirkung eines *opt-out*-Gruppenverfahrens gegenüber Geschädigten, die nicht informiert wurden, müsste deshalb durch andere als die eben genannten Gründe legitimiert werden.

In den USA wird die Bindungswirkung des *opt-out*-Verfahrens nach Rule 23(b)(3) FRCP an zwei Voraussetzungen gebunden: Die Gruppe muss in bestmöglicher Art und Weise benachrichtigt und durch den Repräsentanten angemessen vertreten worden sein. Sind diese beiden Anforderungen erfüllt, werden nach der Rechtsprechung des *Supreme Court* grundsätzlich auch Geschädigte, die nachweislich nicht benachrichtigt wurden, an das Urteil oder den Gruppenvergleich gebunden.¹²³ Ein Austritt nach Ablauf der *opt-out*-Frist ist

¹¹⁸ Entsprechendes lässt sich bereits aus den allgemeinen Grundsätzen ableiten, vgl. dazu bereits 3. Teil, B.II.1.

¹¹⁹ *Lange*, S. 139; *Kölz*, ZBJV 149 (2013), 865, 873 ff.; vgl. auch *Domej*, ZJP 125 (2012), 421, 445 f.

¹²⁰ Vgl. dazu *Kiurunen/Lindström/Rath*, S. 193 f.; *Kiurunen/Lindström*, S. 235; *Ervo*, S. 187 f.; *Stadler*, Ausblick, S. 104 f.

¹²¹ Vgl. dazu 2. Teil, A.I.1.

¹²² Vgl. dazu bereits 3. Teil, B.II.1.

¹²³ Vgl. *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 314 ff. (1950); *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 811 ff. (1985) – in der *Shutts*-Entscheidung wurden freilich 1500 Geschädigte, die nicht informiert werden konnten, von vornherein aus der Gruppe ausgeschlossen, vgl. ebd., 813; dies kommt aber soweit ersichtlich in der Praxis nicht regelmäßig vor. Vgl. zur Kasuistik auch 2. Teil, A.I.5.

zwar bei entschuldbarer Nachlässigkeit (*excusable neglect*) möglich, das gerichtliche Ermessen wird in der Praxis indes sehr streng gehandhabt.¹²⁴ Diese höchstgerichtliche Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Benachrichtigung stützt sich primär auf das Interesse an einer wirksamen Rechtsdurchsetzung bei Streuschäden¹²⁵ – sie gilt allerdings, soweit ersichtlich ohne anderweitige Rechtfertigung, aber auch bei Massenschäden. In der Rechtsprechung unterer Gerichte wird immerhin vereinzelt auf das Interesse des Schädigers an der Endgültigkeit des Gruppenverfahrens hingewiesen.¹²⁶ Demnach überwiegt nach herrschender Auffassung grundsätzlich das Interesse an einem möglichst wirksamen und endgültigen *class action*-Urteil bzw. *settlement* das Interesse des einzelnen Geschädigten am Schutz seiner Dispositionsfreiheit und seines rechtlichen Gehörs.¹²⁷

Vergleichbares gilt in den Niederlanden: Solange die Gruppenmitglieder nach Maßgabe der Bestimmungen des WCAM benachrichtigt wurden, entfaltet ein für verbindlich erklärter Gruppenvergleich grundsätzlich auch Wirkung gegenüber Geschädigten, die nichts davon erfahren haben.¹²⁸ Im Gesetzgebungsprozess zum WCAM wurde explizit darauf verzichtet, abgesehen von der Regelung für Spätgeschädigte auch für andere Ausnahmefälle ein zweites, nachträgliches *opt-out*-Recht vorzuschreiben.¹²⁹ Ein solcher Auffangtatbestand hätte nach der Überzeugung des Justizministers das Ziel insgesamt in Frage gestellt, Massenschäden mit dem WCAM in einer „effektiven und effizienten“ (lies auch: endgültigen) Art und Weise zu bewältigen.¹³⁰ Er verwies darauf, dass auch Geschädigte, die erst nach Ablauf der *opt-out*-Frist vom Gruppenvergleich erfahren, in der Regel einen Anspruch auf die in der Vergleichsvereinbarung vorgesehene Entschädigung haben und diesen auch nachträglich noch geltend machen können; die im WCAM getroffene Regelung sei insofern weniger strikt als im Insolvenzrecht, wo das Verpassen der Forderungseingabe zum Anspruchsverlust führe.¹³¹ Auch sei nicht ausgeschlossen, dass ein Ge-

¹²⁴ Vgl. 2. Teil, A.I.7.

¹²⁵ Vgl. *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 319 (1950); *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 812 f. (1985); vgl. auch *Kaplan*, 81 Harv. L. Rev. 356, 397 f. (1967).

¹²⁶ Vgl. *Peters v. National Railroad Passenger Corp.*, 966 F.2d 1483, 1487 (D.C. Cir. 1992); *Silber v. Mabon*, 18 F.3d 1449, 1455 (9th Cir. 1994).

¹²⁷ Die *opt-out-class action* ist indes durchaus umstritten, vgl. zu den Diskussionen über eine *opt-in*-Gruppenklage in den 1990er-Jahren *Rabiej*, 24 Miss. C. L. Rev. 323, 362 ff. (2005).

¹²⁸ Vgl. auch 2. Teil, B.II.5.g.

¹²⁹ So der Vorschlag bei *Falkena/Haak*, AV&S 2004, 198, 202, zit. nach MvA, EK 2004-2005, 29 414, lit. C, S. 11 f.; vgl. zur Regelung für Spätgeschädigte 2. Teil, B.II.2.b.cc.

¹³⁰ Vgl. MvA, EK 2004-2005, 29 414, lit. C, S. 11 f.

¹³¹ MvA, EK 2004-2005, 29 414, lit. C, S. 12; vgl. Art. 127 Abs. 1 & Abs. 2 Fw; vgl. für die Schweiz demgegenüber Art. 251 SchKG.

schädigter sich in einem nachträglichen Individualverfahren aufgrund der besonderen konkreten Umstände doch mit Erfolg auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK berufen und sich der Bindungswirkung des Gruppenvergleichs entziehen könne. Schließlich würden Verfahren wie solche nach dem WCAM ohnehin stets von viel Publizität begleitet, weshalb es nur selten vorkomme, dass jemand nichts davon erfahre.¹³²

Auch nach der Rechtsprechung des *Gerechtshof Amsterdam*, der die Frage nur knapp behandelte und im Wesentlichen auf die einschlägigen Diskussionen im Gesetzgebungsprozess verwies, sind diese Bestimmungen mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK (sowie Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK und Art. 17 der niederländischen Verfassung) vereinbar.¹³³ Eine Kassationsbeschwerde beim *Hoge Raad* in diesem Zusammenhang wurde als unzulässig zurückgewiesen.¹³⁴ Die zu diesem Verfahren veröffentlichten Schlussanträge des Generalanwalts gehen aber ausführlich auf die Problematik ein; der Generalanwalt verweist darin affirmativ und im Wortlaut auf die erwähnte Stellungnahme des Justizministers sowie auf das Urteil des *Gerechtshof Amsterdam*.¹³⁵

Im schweizerischen Schrifttum endlich findet sich in der Reihe derer, die ein *opt-out*-Verfahren generell – also auch zur Bewältigung von Massenschäden – als mit den Grundsätzen der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar erachten, keine nähere Auseinandersetzung mit dem Problem nicht benachrichtigter Geschädigter.¹³⁶

c) Zustellung nach Art. 136 ff. ZPO und Art. 232 f. SchKG als Maßstab?

Die Suche nach einem Lösungsansatz, der sich am hiesigen Recht orientiert, führt zunächst zu den Regelungen des Zustellungsrechts im Erkenntnisverfahren – dass die Zustellung von Schriftstücken scheitert, ist ja keineswegs nur bei Massen- und Streuschäden, sondern in jedem Prozess möglich. Die ZPO regelt deshalb die öffentliche Bekanntmachung als subsidiäre Zustellungsform: Nach Art. 141 Abs. 1 ZPO kann auf die Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsblatt als Zustellungsform zurückgegriffen werden, wenn der Aufenthaltsort des Adressaten unbekannt ist und nicht ermittelt werden kann (lit. a), wenn eine Zustellung unmöglich ist oder mit außerordentlichen Umtrieben verbunden wäre (lit. b) oder wenn eine Partei mit

¹³² MvA, EK 2004-2005, 29 414, lit. C, S. 12.

¹³³ GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 5.7 und Ziff. 7.24; GH Amsterdam, 1.2.2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP2969, Ziff. 4.7; vgl. zum Gesetzgebungsprozess MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 30 f.; Advies RvS, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 4, S. 2 f.; MvA, EK 2004-2005, 29 414, lit. C, S. 11 f.

¹³⁴ HR, 20.3.2015, ECLI:NL:HR:2015:682.

¹³⁵ *Parket bij de Hoge Raad*, 23.1.2015, ECLI:NL:PHR:2015:23.

¹³⁶ Vgl. Romy, Litiges, S. 297 ff.; *Jeandin/Sabeti*, S. 164 f.; *Perucchi*, AJP 2011, 489, 501 f.

(Wohn-)Sitz im Ausland kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat (lit. c). Weil es keine Rolle spielt, ob die betroffene Person von der Publikation tatsächlich erfahren hat oder nicht, fingiert das Gesetz den Erfolg der Zustellung.¹³⁷ Eine öffentliche Bekanntmachung darf keinesfalls leichthin, sondern nur als *ultima ratio* angeordnet werden.¹³⁸ Sind die Voraussetzungen aber gegeben, so ermöglicht die öffentliche Bekanntmachung in Kombination mit den Säumnisregelungen in Art. 223 und Art. 234 ZPO einen Sachentscheid, selbst wenn die betroffene Partei tatsächlich bis zuletzt nichts von dem Prozess erfährt.

Die Zulässigkeit der öffentlichen Bekanntmachung als Zustellungsform im Erkenntnisverfahren vermag aber ein schweizerisches *opt-out*-Gruppenverfahren mit großzügiger Handhabung der Zustellungsfiktion nach US-amerikanischem oder niederländischem Vorbild nicht plausibel zu rechtfertigen. Betroffen von Art. 141 ZPO ist in der Regel die beklagte Partei, d.h. fast immer der (mutmaßliche) Schuldner, der ohnehin mit einer Klage des Gläubigers rechnen muss, wenn er nicht leistet.¹³⁹ Die Zulässigkeit der fiktiven Zustellung schützt mithin den Kläger (typischerweise den Gläubiger) vor der Vereitelung der Zustellung durch die Gegenpartei (typischerweise den Schuldner).¹⁴⁰ Demgegenüber nimmt bei einem *opt-out*-Verfahren ein Dritter als (Interessen-)Vertreter für eine Vielzahl von Gläubigern Prozesshandlungen vor, ohne vorgängig deren Zustimmung einzuholen¹⁴¹ – die Interessenlage ist mit Blick auf die Dispositionsfreiheit der Betroffenen somit eine ganz andere.

Aus der Perspektive der Geschädigten noch eher vergleichbar ist die Ausgangslage von *opt-out*-Verfahren mit derjenigen des Insolvenz- bzw. Konkursverfahrens, bei dem das Konkursamt als Konkursverwalter die Gruppe der Gläubiger jedenfalls vorläufig (Art. 221, Art. 237 Abs. 2 SchKG) ohne deren vorgängige Zustimmung vertritt; auch hier genügt nach Art. 232 f. SchKG als Zustellung die öffentliche Bekanntmachung, sofern Name und Wohnort des Gläubigers nicht bekannt sind. Allerdings rechtfertigt sich die öffentliche Bekanntmachung (und damit der automatische Einbezug sämtlicher Gläubiger) beim Konkursverfahren aufgrund des – durchaus außerordentlichen – Umstands, dass das verbliebene Vermögen des Schuldners möglichst rasch und

¹³⁷ BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, Art. 141 N 1.

¹³⁸ Vgl. OGer ZH, 2.9.2015, PF150044, E. 3.3 ff.; OGer ZG, 6.8.2014, CAN 2015 S. 87, E. 2.1 f.; BGE 64 III 40, 43 f.; BGE 56 I 89, 95 f.; vgl. aber auch OGer ZH, 3.10.2014, RT140129, E. 4.3.

¹³⁹ Wohl kann wie gezeigt (vgl. 3. Teil, C.II.1.a) auch der (mutmaßliche) Schuldner mit einer negativen Feststellungsklage einen Säumnisentscheid erwirken, wenn die individuelle Zustellung an den Gläubiger scheitert und die Sache spruchreif ist – dies dürfte in der Praxis aber die absolute Ausnahme bilden.

¹⁴⁰ BK ZPO-Frei, Art. 138 N 17; vgl. aber zur Abgrenzung von Art. 138 ZPO und Art. 141 ZPO auch BK ZPO-Frei, Art. 141 N 13.

¹⁴¹ Näher zur Funktion und zu den Kompetenzen des Repräsentanten 3. Teil, D.

gerecht unter den Gläubigern verteilt werden muss, deren Dispositionsfreiheit ohnehin bereits faktisch aufgrund der Unterdeckung des Schuldnervermögens eingeschränkt ist¹⁴² – eine Situation, die zwar auch bei Massen- und Streuschäden nicht ausgeschlossen ist, aber keineswegs den Regelfall darstellt.

d) Rechtfertigung der öffentlichen Bekanntmachung durch andere Gründe?

Eine Legitimation der fiktiven Zustellung in *opt-out*-Gruppenverfahren könnte man indessen darin erblicken, dass bei gewissen Massenschadensereignissen die Anzahl unbekannter Geschädigter so hoch ist, dass faktisch nur ein Bruchteil der Gruppenmitglieder individuell benachrichtigt werden könnte¹⁴³ und der Rückgriff auf die öffentliche Bekanntmachung insofern als unumgänglich anzusehen wäre.

Argumentieren ließe sich auch, die Gefahr, dass unbekannte Geschädigte bis zum Ablauf der *opt-out*-Frist von dem Verfahren keine Kenntnis erhielten und folglich ihrer Dispositionsfreiheit beraubt würden, wäre bei Massenschäden ohnehin sehr viel geringer als bei Streuschäden.¹⁴⁴

Schließlich könnte man mit dem niederländischen Justizminister eine Rechtfertigung der Bindungswirkung gegenüber nicht benachrichtigten Geschädigten darin erblicken, dass Gruppenvergleichsverfahren im Unterschied zu Gruppenklageverfahren den Geschädigten fast immer einen Entschädigungsanspruch verschaffen.¹⁴⁵

Nun ist tatsächlich zu erwarten, dass das Verhältnis von bekannten und unbekannten Geschädigten je nach Art der Rechtsstreitigkeiten unterschiedlich sein wird: Bei finanzmarktrechtlichen Massenschäden, die voraussichtlich ebenso wie in den USA und den Niederlanden auch in der Schweiz dominieren würden, lassen sich die Geschädigten in der Regel eher eruieren¹⁴⁶ als etwa bei produkthaftungsrechtlichen Streitigkeiten.

Zugleich dürfte aber in der Tat die Anzahl unbekannter Geschädigter, die bis zum Ablauf der *opt-out*-Frist von dem Verfahren trotz diverser Anzeigen in den Medien keine Kenntnis erhielten, zumindest bei einem auf Massenschäden zugeschnittenen Gruppenvergleichsverfahren in der Regel gering sein. Immerhin ist davon auszugehen, dass unbekannte Geschädigte die Durchführung

¹⁴² Zu diesem Unterschied eingehend *Stadler*, FS Schütze (2015), S. 574 f.; vgl. auch *Hess*, ZIP 2005, 1713, 1718 (dort Fn. 96); zur öffentlichen Bekanntmachung im Konkursrecht auch BGer, 22.3.2013, 5A_27/2013, E. 3.1; BVerfG, 2.12.1987, NJW 1988, 1255, 1256; BGH, 23.10.1997, NJW 1998, 609, 610; LG Duisburg, NJW-RR 2005, 57, 58; MüKo InsO-Ganter/Lohmann, § 9 N 23.

¹⁴³ *Opt-out*-Verfahren u.a. wegen dem Problem der unbekannten Geschädigten generell ablehnend *Haberbeck*, Jusletter v. 24.3.2014, Rz. 38.

¹⁴⁴ In diese Richtung MvA, EK 2004-2005, 29 414, lit. C, S. 12.

¹⁴⁵ Vgl. MvA, EK 2004-2005, 29 414, lit. C, S. 12; dazu bereits 3. Teil, C.II.1.b.

¹⁴⁶ *Oberhammer*, Gutachten ÖJT 2015, S. 131; Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 106; zu möglichen Hindernissen aber *Bergmeister*, S. 117 ff.

eines Gruppenverfahrens desto eher zur Kenntnis nehmen, je größer ihr individueller Schaden ist. Ferner sollte die überschaubare Landesgröße die Kenntnisnahme durch Geschädigte mit Wohnsitz in der Schweiz tendenziell begünstigen.¹⁴⁷

Schließlich unterscheiden sich die Konsequenzen einer gescheiterten Benachrichtigung bei Gruppenklage- und Gruppenvergleichsverfahren gewiss erheblich: Während das Unterliegen in einem Gruppenklageverfahren bei jedem Geschädigten, der nicht vorgängig seinen Austritt erklärt hat, zum vollständigen Anspruchsverlust führt, verschafft ein Gruppenvergleich den Geschädigten fast immer einen (möglicherweise aber geringen) Entschädigungsanspruch.¹⁴⁸ Geschädigte, die erst nach Ablauf der *opt-out*-Frist von dem Gruppenvergleich erfahren, können sich somit auch nach Abschluss des Gruppenvergleichsverfahrens noch an den Schädiger wenden und die Erfüllung ihres Anspruchs aus dem Gruppenvergleich fordern, jedenfalls solange dieser noch nicht verjährt ist.¹⁴⁹

Freilich ändert keines dieser „pragmatischen“ Argumente etwas daran, dass die generelle Zulassung der öffentlichen Bekanntmachung als (subsidiäre) Zustellungsform in Gruppenverfahren aus dogmatischer Sicht bedeuten würde, das Interesse am Einbezug sämtlicher Gruppenmitglieder in das Verfahren im Zweifel stärker zu gewichten als das Interesse unbekannter Geschädigter am Schutz ihrer Dispositionsfreiheit. Diese Wertung vermag mit Blick auf die Bedeutung, die dem Grundsatz der Dispositionsfreiheit innerhalb der Rechtsordnung zukommt¹⁵⁰, nicht zu überzeugen, unabhängig davon, wie groß die Anzahl unbekannter Geschädigter ist und ob die Mehrzahl der Gruppenmitglieder wahrscheinlich ohnehin Kenntnis vom Verfahren erlangen würde. Die Betroffenen haben in diesen Fällen – anders als bei Streuschäden – ein schützenswertes Interesse an der Entscheidung, ob und auf welche Weise sie ihre Ansprüche durchsetzen. Es spielt mithin auch keine Rolle, dass die Konsequenzen von reinen Gruppenvergleichsverfahren milder sein können als diejenigen von Gruppenklageverfahren; wegen der (zumindest faktischen) Notwendigkeit gegenseitiger Zugeständnisse muss der Geschädigte bei einem Gruppenvergleich zwangsläufig auf einen Teil seines mutmaßlichen originären Anspruchs verzichten¹⁵¹ – die Entscheidung darüber, ob er dazu bereit ist, sollte man ihm nicht ohne Not entziehen.

¹⁴⁷ Vgl. auch Stadler, ZfPW 2015, 61, 69.

¹⁴⁸ Zum Anspruchsverlust bei Klageabweisung vgl. *Cooper v. Federal Reserve Bank of Richmond*, 467 U.S. 867, 874 (1984); Koch, Kollektiver Rechtsschutz, S. 60 f.; Lange, S. 135.

¹⁴⁹ Beim WCAM beträgt die (begrenzt dispositive) Verjährungsfrist 2 Jahre, vgl. 2. Teil, B.II.5.e.aa.

¹⁵⁰ Dazu bereits 1. Teil, A.I und 3. Teil, C.II.1.

¹⁵¹ Stadler, Bündelung I, S. 17; Micklitz/Stadler, Klagearten, S. 1388.

Nach dem Gesagten wäre es meines Erachtens unverhältnismäßig, aufgrund des Interesses an einem möglichst effektiven, umfassenden Gruppenverfahren vorschnell auf die Zustellungsfiktion zurückzugreifen. Das bedeutet allerdings nicht zwangsläufig, dass man generell auf ein *opt-out*-Verfahren verzichten sollte.

e) *Opt-out*-Verfahren mit nachträglichem Austrittsrecht

Denn *opt-out*-Verfahren sind durchaus ohne Rückgriff auf das Instrument der fiktiven Zustellung denkbar. In einem solchen Verfahren müsste Geschädigten, die nicht (rechtzeitig) informiert wurden, auch nach Ablauf der offiziellen *opt-out*-Frist noch eine Austrittsmöglichkeit gewährt werden. Ihre Dispositionsfreiheit würde durch das Verfahren nur vorübergehend eingeschränkt, bliebe im Kern also gewahrt. Eine solche Regelung wäre indes zum einen aufgrund der geltenden Grundsätze des Zustellungsrechts nicht frei von Friktionen; darauf ist zurückzukommen.¹⁵² Zum anderen stehen ihr die Interessen des Schädigers und ein Stück weit auch diejenigen der Öffentlichkeit entgegen.

aa) *Entgegenstehende Interessen*

Dass ein nachträgliches Austrittsrecht den Interessen des Schädigers tendenziell zuwiderläuft, ist offensichtlich: Es beeinträchtigt die Vorhersehbarkeit einer Gruppenvergleichslösung und damit einen der zentralen Vorteile des Vergleichs gegenüber dem streitigen Zivilprozess.¹⁵³ Gleichwohl könnte ein *opt-out*-Gruppenvergleichsverfahren selbst unter Einschluss einer Ausnahmeklausel eine für den Schädiger attraktive Möglichkeit effizienter und weitgehend planbarer Streitbeilegung darstellen.¹⁵⁴ Weil ein nach dem *opt-out* in Angriff genommenes Individualverfahren ja stets mit erheblichen Risiken verbunden wäre, dürften die *opt-out*-Quoten des Modells ähnlich niedrig ausfallen wie bei bereits existierenden *opt-out*-Gruppenverfahren.¹⁵⁵ Im Sinne eines Interessenausgleichs könnte dem Schädiger, der sich für den Fall, dass unerwartet viele

¹⁵² Vgl. dazu 3. Teil, C.II.1.e.bb.

¹⁵³ Vgl. Oberhammer, Gutachten ÖJT 2015, S. 137; vgl. dazu auch bereits die Nw. in 3. Teil, C.II.1.b. Allgemein zum Vergleich als gestaltbare Rechtsschutzalternative bereits 1. Teil, A.III.

¹⁵⁴ Prägnant zum Interesse des Schädigers an der *settlement class* (freilich unter den Bedingungen der US-amerikanischen Benachrichtigungspraxis) Yeazell, 39 Ariz. L. Rev. 687, 701 ff. (1997); Lahav, 60 UCLA L. Rev. 1494, 1508 (2013); vgl. auch Sullivan v. DB Investments, Inc., 667 F.3d 273, 311 (3rd Cir. 2011).

¹⁵⁵ Vgl. 2. Teil, A.II.4. Die US-amerikanischen *opt-out*-Quoten können zwar nicht unesehen auf die Schweiz übertragen werden, da eine Vielzahl von *class actions* Streuschäden betreffen, bei welchen die Geschädigten keinerlei Anreiz haben, aus dem Verfahren auszutreten. Angesichts der Risiken, die mit einer Individualklage verbunden sind, dürfte die durchschnittliche *opt-out*-Quote gleichwohl auch in der Schweiz niedrig sein.

Austritte verzeichnet werden, oft ein Kündigungsrecht vorbehält¹⁵⁶, eine längere Kündigungsfrist gewährt werden (vgl. demgegenüber etwa Art. 112 Abs. 1 VE-FIDLEG). Das Risiko, dass sich Schädiger wegen der fehlenden Gewissheit über die Anzahl der gebundenen Gruppenmitglieder gar nicht erst auf einen Gruppenvergleich einlassen¹⁵⁷ und das Verfahren damit ins Leere laufen würde, dürfte unter diesen Umständen wohl nicht – oder jedenfalls nicht generell – hoch sein.

Allerdings wäre ein *opt-out*-Verfahren mit nachträglichem Austrittsrecht auch aus der Perspektive der Allgemeinheit insofern problematisch, als es eine umfassende und endgültige Bereinigung des Massenschadens verzögern könnte. Der Nachteil einer potentiellen Verzögerung der Bereinigung des Massenschadens wird indes ausgeglichen durch die im Vergleich zu einem *opt-in*-Verfahren stärkere Inklusionswirkung des Verfahrensmodells: Wie erwähnt beteiligen sich, so zeigen es die Erfahrungen im Ausland, nicht nur bei Streuschäden, sondern auch bei Massenschäden tendenziell weniger Geschädigte an einem *opt-in*-Verfahren als an einem *opt-out*-Verfahren.¹⁵⁸ Daran dürfte sich auch bei Gewährung eines nachträglichen Austrittsrechts wenig ändern. Das Verfahren entspräche damit durchaus dem Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst umfassenden Bereinigung des Massenschadens.

Die Schärfe des Problems, dass das Modell insbesondere den Interessen des Schädigers entgegensteht, ist wohl auch davon abhängig, welche Gruppenmitglieder sich auf das nachträgliche Austrittsrecht berufen könnten und welche formellen Anforderungen dabei erfüllt werden müssten. Weil das nachträgliche Austrittsrecht ausschließlich die Dispositionsfreiheit (und das rechtliche Gehör¹⁵⁹) von Geschädigten schützen soll, welche tatsächlich nicht benachrichtigt wurden, sollte ein Austritt nach Ablauf der offiziellen *opt-out*-Frist nur ausnahmsweise zulässig sein. Fraglich ist demnach, wer den Nachweis über den Erfolg der Benachrichtigung erbringen müsste.

bb) Nachweis der Zustellung

In diesem Zusammenhang ist zunächst unabhängig von der Frage, ob die Anwendbarkeit der Zustellungsfiktion gerechtfertigt wäre, festzuhalten, dass die Einführung eines Gruppenverfahrens in der ZPO wohl eine Aufweichung der geltenden Grundsätze zur Zustellung erfordern würde: Weil die Zustellungskosten aufgrund der oftmals hohen Anzahl von Geschädigten beträchtlich wären, sollte bei Gruppenverfahren die Benachrichtigung durch einfachen Brief

¹⁵⁶ Vgl. 2. Teil, A.II.4 und B.II.6.b.

¹⁵⁷ So die Argumentation des Schädigers in: *Silber v. Mabon*, 18 F.3d 1449, 1455 (9th Cir. 1994).

¹⁵⁸ Vgl. 3. Teil, C.I.

¹⁵⁹ Vgl. 3. Teil, C.II.2.

in Abweichung von Art. 138 Abs. 1 ZPO zulässig sein.¹⁶⁰ Das wäre nicht völlig außergewöhnlich, werden doch auch im Konkursverfahren die bekannten Gläubiger mit uneingeschriebenem Brief benachrichtigt (Art. 233 SchKG).¹⁶¹

Bei Zustellungen vonseiten des Staates trägt dieser nach herrschender Rechtsprechung die Beweislast, d.h. im Zweifelsfall muss auf die Darstellung des Empfängers abgestellt werden, wenn die Tatsache oder das Datum der Zustellung nichteingeschriebener Sendungen bestritten wird.¹⁶² Diese strenge Rechtsprechung könnte in Gruppenverfahren wohl kaum zur Anwendung kommen: Würde mit Blick auf unbekannte Geschädigte auf die Zustellungsfiktion zurückgegriffen, entstünde eine unzulässige Ungleichbehandlung, wenn sich die bekannten, immerhin individuell benachrichtigten Geschädigten auf die erwähnte Rechtsprechung berufen und den Erfolg der Zustellung bestreiten könnten. Aber auch dann, wenn – wie hier vorgeschlagen – auf die Anwendung der Zustellungsfiktion bei unbekannten Geschädigten verzichtet würde, wäre es problematisch, dem Absender die Beweislast für den Erfolg der Zustellung zuzuweisen, weil die Geschädigten den Erfolg der Zustellung mühelos bestreiten könnten.¹⁶³

Stattdessen sollte der Erfolg der Zustellung bei Zustellungen durch einfachen Brief gesetzlich vermutet werden. Bei bekannten, individuell benachrichtigten Geschädigten wäre mithin grundsätzlich von einer erfolgreichen Zustellung (und dementsprechend selbst bei Passivität von einer Teilnahme am Gruppenverfahren) auszugehen. Es bestünde aber die Möglichkeit zum Beweis des Gegenteils.¹⁶⁴

Mit Blick auf unbekannte Geschädigte sollte Gleiches gelten: Da diese nicht individuell benachrichtigt werden könnten, müssten sie durch subsidiäre Benachrichtigungsformen wie Anzeigen in Amtsblättern und Medien über das

¹⁶⁰ Ebenso für das dt. Recht Stadler, FS Schütze (2015), S. 572 f., wenn auch in Bezug auf die Anerkennung von *opt-out*-Urteilen oder Gruppenvergleichen; wohl auch Oberhammer, Gutachten ÖJT 2015, S. 131; vgl. auch Haberbeck, Jusletter v. 12.1.2015, Rz. 48 ff., allerdings mit Blick auf einen Vorschlag für eine *opt-in*-Gruppenklage.

¹⁶¹ Vgl. aber zur unterschiedlichen Interessenlage bei Konkursverfahren 3. Teil, C.II.1.c.

¹⁶² BGer 24.10.2011, 9C_594/2011, E. 3.2; BGE 129 I 8, E. 2.2; BGE 114 III 51, E. 3c.

¹⁶³ Bei Anwendbarkeit der genannten Rechtsprechung in einem *opt-out*-Gruppenvergleichsverfahren mit nachträglichem Austrittsrecht bestünde ein zumindest theoretisches Risiko, dass Trittbrettfahrer bei einer Benachrichtigung mit einfachem Brief wahrheitswidrig die Zustellung bestreiten, da sie einen Anreiz hätten, nach der Verbindlicherklärung eines Gruppenvergleichs bis kurz vor der Verjährung der Ansprüche aus dem Gruppenvergleich mit der Anspruchsanmeldung zuzuwarten, um etwaige, nach Aufhebung der Rechtshängigkeitssperre zugunsten der Geschädigten ergangene Sachentscheide in Individualverfahren abzuwarten (sofern denn solche existierten), und dann selber Individualklage einzureichen.

¹⁶⁴ Vgl. zur gesetzlichen Vermutung etwa Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 Rz. 51 ff.; KUKO ZPO-Schmid, Vor Art. 150–193 ZPO.

Gruppenverfahren informiert werden.¹⁶⁵ Der Erfolg der Zustellung würde – anders als in den USA und in den Niederlanden – nicht fingiert, sondern bloß gesetzlich vermutet. Geschädigte, die tatsächlich nicht (rechtzeitig) benachrichtigt wurden, könnten diesen Umstand beweisen und sich so der Bindungswirkung des Gruppenverfahrens auch nach Ablauf der offiziellen *opt-out*-Frist entziehen. Ihre Dispositionsfreiheit bliebe so im Kern gewahrt. Gelingt ihnen die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung nicht, wären sie aber auch gegen ihren Willen an den Gruppenvergleich gebunden. Die Verbindlichkeit des Gruppenvergleichs lässt sich ihnen gegenüber nur, aber immerhin gestützt auf die adäquate Interessenvertretung durch den Repräsentanten und aufgrund der gerichtlichen Überprüfung der Vergleichsvereinbarung rechtfertigen.¹⁶⁶ Auch das vorgeschlagene Modell kann demnach zu einer Zwangsbeteiligung von Gruppenmitgliedern führen. Während aber die Zwangsbeteiligung von nicht benachrichtigten Gruppenmitgliedern bei *opt-out*-Verfahren nach US-amerikanischem oder niederländischem Vorbild die Regel darstellt, würde es sich nach dem Modell um eine (wohl seltene) Ausnahme handeln. Ein derart ausgestaltetes *opt-out*-Verfahren ließe sich mithin wesentlich besser mit den Anforderungen der EMRK und der Bundesverfassung vereinbaren.

cc) Formelle Anforderungen an die Austrittserklärung

Abgesehen von der Frage der Zustellung dürfte in der Praxis insbesondere relevant sein, welchen formellen Anforderungen die Austrittserklärung genügen müsste. Da oft viele Gruppenmitglieder nicht anwaltlich vertreten wären, sollte die Austrittserklärung durch einfachen Brief oder auch per E-Mail erfolgen können.¹⁶⁷ Die bloße Einleitung eines Individualklageverfahrens sollte demgegenüber aus Gründen der Rechtssicherheit nicht genügen.¹⁶⁸ Allerdings könnte das Gericht, das mit der Individualklage befasst ist, das Verfahren (gegebenenfalls aufgrund eines entsprechenden Hinweises des Schädigers) gestützt auf Art. 126 ZPO sistieren und den Kläger dazu auffordern, formell seinen Austritt aus dem Gruppenvergleich zu erklären. Ist die *opt-out*-Frist bereits abgelaufen und gelingt dem Kläger die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung nicht, müsste das Gericht einen Nichteintretensentscheid fällen.

¹⁶⁵ Dazu näher 3. Teil, C.II.2.b.

¹⁶⁶ Vgl. auch 3. Teil, D.V.1, E.I und III.

¹⁶⁷ Vgl. zur Praxis in den USA und in den Niederlanden 2. Teil, A.I.7 und B.II.6.a.

¹⁶⁸ So auch die Rspr. in den USA, vgl. *In re Prudential Securities Inc. Ltd. Partnership Litigation*, 107 F.3d 3, 4 (2nd Cir. 1996).

dd) Gegenüberstellung zu opt-in-Verfahren

Mit dem vorgeschlagenen Modell eines *opt-out*-Verfahrens mit nachträglichem Austrittsrecht wären offenkundig signifikante Unsicherheiten verbunden. Ist man nicht bereit, diese in Kauf zu nehmen, wäre ein *opt-in*-Verfahren gewiss vorzuziehen. Ein solches würde zweifellos zu weniger Friktionen führen, weil schlicht nur diejenigen Geschädigten am Verfahren beteiligt wären, die sich aktiv darum bemühen. Sehr wahrscheinlich würden sich aber weniger Geschädigte an einem Gruppenverfahren beteiligen, bei dem sie zunächst ihren Beitritt erklären müssten. Mit Blick auf das gesamtgesellschaftliche Interesse an einem möglichst umfassenden Verfahren zur Bewältigung von Massenschäden¹⁶⁹ ist es meines Erachtens aus rechtspolitischer Sicht ohne weiteres legitim, auf ein *opt-out*-Gruppenvergleichsverfahren zu setzen – solange es möglichst grundrechtskonform ausgestaltet wird.

f) Vorentwurf zum FIDLEG

Der hauptsächlich auf Massenschäden zugeschnittene Regelungsvorschlag für ein *opt-out*-Gruppenvergleichsverfahren im Vorentwurf zum FIDLEG verdient mithin grundsätzlich Unterstützung. Freilich folgt der Vorschlag in Bezug auf die *opt-out*-Regelung dem niederländischen Vorbild, die Form der fiktiven Zustellung wäre zumindest subsidiär zulässig (Art. 108 Abs. 2 VE-FIDLEG). Eine Ausnahme davon würde, ebenfalls nach dem Vorbild des WCAM¹⁷⁰, nur für Spätgeschädigte gelten (Art. 111 Abs. 3 VE-FIDLEG).¹⁷¹

Sollte in der ZPO ein *opt-out*-Gruppenvergleichsverfahren nach dem Modell des Vorentwurfs zum FIDLEG geregelt werden, ist es meines Erachtens aus den oben dargelegten Gründen empfehlenswert, die betreffende Bestimmung dahingehend zu präzisieren, dass der Erfolg der Zustellung bei sämtlichen Gruppenmitgliedern gesetzlich vermutet wird. Geschädigte, die nachweislich nicht benachrichtigt wurden, könnten sich unter diesen Voraussetzungen auch nach Ablauf der *opt-out*-Frist der Bindungswirkung des Gruppenvergleichs entziehen. Ist man demgegenüber der Ansicht, dass eine solche Regelung zu viele Unsicherheiten mit sich brächte und das Gruppenvergleichsverfahren für den Schädiger zu unattraktiv machen würde, sollte man konsequenterweise auf ein *opt-in*-Verfahren setzen. Ein striktes *opt-out*-Verfahren nach US-amerikanischem und niederländischem Vorbild ließe sich nach hier vertretener Auffassung mit grundlegenden Verfahrensprinzipien der Schweiz nicht vereinbaren.

¹⁶⁹ Zum Zweck der prozessualen Effizienz Bundesrat, Bericht 2013, S. 9 f.; vgl. auch Klauser, VbR 2015, 182, 186.

¹⁷⁰ Vgl. dazu 2. Teil, B.II.2.b.cc.

¹⁷¹ Vgl. Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 109 f.

2. Rechtliches Gehör

a) Grundsätzliches

Ebenso zentral wie der Schutz der Dispositionsfreiheit ist bei Gruppenvergleichs- wie auch Gruppenklageverfahren der Schutz des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Der in Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV garantierte Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann.¹⁷² Dazu gehören als Teilgehalte unter anderem der Anspruch auf Orientierung, auf Äußerung, auf Beweis bzw. auf Teilnahme am Beweisverfahren und der Anspruch auf Akteneinsicht.¹⁷³ Eine ausreichende Orientierung über das Verfahren ist offenkundig Voraussetzung dafür, sich zur Sache zu äußern. Der Betroffene ist dementsprechend in geeigneter Weise über die „entscheidwesentlichen Vorgänge und Grundlagen“ vorweg zu orientieren.¹⁷⁴ Das Recht, sich vor Erlass eines in die eigene Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äußern, räumt einen Anspruch auf Replik, d.h. auf Äußerung zu Stellungnahmen und Eingaben anderer Verfahrensparteien, ein.¹⁷⁵ Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist nach herrschender Lehre grundsätzlich gewahrt, wenn die Möglichkeit bestand, sich im Verfahren zu äußern. Nicht erforderlich ist demnach, dass das rechtliche Gehör im konkreten Fall tatsächlich wahrgenommen wurde.¹⁷⁶ Auch der Anspruch auf Teilnahme am Beweisverfahren ist Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör, er ergibt sich indes zugleich auch aus dem Recht auf Beweis (Art. 8 ZGB, Art. 152 ZPO).¹⁷⁷ Der Anspruch auf Akteneinsicht schließlich ist – ebenso wie der Anspruch auf Orientierung – Voraussetzung dafür, die Verfahrensrechte wirksam ausüben zu können.¹⁷⁸ Einschränkungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör sind zulässig, sofern sie einem legitimen Ziel dienen, verhältnismäßig sind und den Wesensgehalt des Rechts nicht antasten beziehungsweise sinngemäß¹⁷⁹ den Anforderungen von Art. 36 BV genügen.

¹⁷² BGer 4.7.2007, 1P.26/2007, E. 3.1; BGE 140 I 99, E. 3.4; BGE 137 I 195, E. 2.3.1; BGE 134 I 140, E. 5.3; BGE 129 I 361, E. 2.1 f.

¹⁷³ Näher zu den Teilgehalten des Anspruchs auf rechtliches Gehör *Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser*, § 5 Rz. 317 ff.; SG Komm BV-Steinmann, Art. 29 N 44 ff.

¹⁷⁴ BGE 140 I 99, E. 3.4; BGE 137 I 195, E. 2.3.1; BGE 129 I 361, E. 2.1 f.

¹⁷⁵ BGE 137 I 195, E. 2.3.1; BGE 133 I 98, E. 2.1; BGE 132 I 42, E. 3.3.2; EGMR, 22.7.2014, *Schmid c. Suisse*, Ziff. 24 ff.; EGMR, 15.11.2012, *Joos v. Switzerland*, Ziff. 29 ff.; EGMR, 21.2.2002, *Ziegler v. Switzerland*, Ziff. 33 ff.

¹⁷⁶ KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 53 N 3; BSK ZPO-Gehri, Art. 53 N 18; Kummer, S. 75; für das deutsche Recht Stadler, FS Schütze (2015), S. 570.

¹⁷⁷ KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 53 N 7; BGE 124 I 241, E. 2; BGE 134 I 140, E. 5.3.

¹⁷⁸ BGE 132 II 485, E. 3.2; BGE 126 I 7, E. 2; KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 53 N 11.

¹⁷⁹ Zur Einschränkung von Verfahrensgrundrechten SG Komm BV-Schweizer, Art. 36 N 7 f.; SG Komm BV-Steinmann, Art. 29 N 8 ff.; vgl. aber BGE 139 IV 25, E. 5.3.

b) Anspruch auf Orientierung

Aus dem Anspruch auf Orientierung als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör ergibt sich grundsätzlich eine Pflicht, jedenfalls bei Massenschäden jedes bekannte Gruppenmitglied persönlich über das Gruppenverfahren zu benachrichtigen.¹⁸⁰ Meines Erachtens spricht viel dafür, die Geschädigten nach niederländischem Vorbild zwingend zweimal zu benachrichtigen: Ein erstes Mal über die Einleitung des Gruppenvergleichsverfahrens, über das Äußerungs- und über das Austrittsrecht, und ein zweites Mal über das Ergebnis der gerichtlichen Überprüfung und (nochmals) über das Austrittsrecht (so auch Art. 108 Abs. 2 und Art. 110 Abs. 5 VE-FIDLEG).

Bekannte Gruppenmitglieder sollten wie gezeigt entgegen Art. 138 Abs. 1 ZPO mit einfachem Brief benachrichtigt werden können.¹⁸¹ Gruppenmitglieder mit unbekannter Adresse oder gänzlich unbekannte Gruppenmitglieder, die trotz angemessener Nachforschungen nicht ermittelt werden können, sollten durch subsidiäre Benachrichtigungsformen wie Anzeigen in Amtsblättern und Medien über das Verfahren informiert werden (vgl. auch Art. 108 Abs. 2 VE-FIDLEG). Dabei sollte es sich wie gezeigt jedenfalls bei Massenschäden nicht um eine fiktive Zustellungsform handeln.¹⁸² Die Geschädigten hätten mithin die Möglichkeit, den Misserfolg der Zustellung zu beweisen und sich der Bindungswirkung des Gruppenverfahrens zu entziehen. Eine solche Austrittsmöglichkeit ist auch geboten, weil eine Heilung¹⁸³ der Gehörsverletzung in Bezug auf das Gruppenverfahren nach dessen Abschluss außer Betracht fällt; der Gehörsanspruch der Betroffenen bliebe immerhin nach einem nachträglichen Austritt aus dem Gruppenverfahren im Individualverfahren gewahrt.

c) Anspruch auf Äußerung

Gruppenverfahren, die eine Vertretung der Gruppenmitglieder durch einen Repräsentanten vorsehen, gehen oft einher mit einer Einschränkung des rechtlichen Gehörs der Gruppenmitglieder.¹⁸⁴ Die Befürchtung, der Effizienzgewinn des Gruppenverfahrens würde zunichtegemacht oder jedenfalls erheblich verringert, wenn sämtliche Gruppenmitglieder ihre Verfahrens- bzw. Äußerungs-

¹⁸⁰ Vgl. *Micklitz/Stadler*, Klagearten, S. 1406 ff.; *Oberhammer*, Gutachten ÖJT 2015, S. 129; *Romy*, Litiges, S. 289; Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 107.

¹⁸¹ Vgl. 3. Teil, C.II.1.e.bb.

¹⁸² Vgl. 3. Teil, C.II.1.c–e.

¹⁸³ Vgl. dazu BGE 137 I 195, E. 2.3.2; *Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser*, § 4 Rz. 271 f.

¹⁸⁴ Vgl. dazu 2. Teil, A.II.4, B.II.5.h und C.I.4.

rechte wie in einem Zweiparteienverfahren ausüben könnten, ist naheliegend.¹⁸⁵ Das bedeutet allerdings nicht, dass den Gruppenmitgliedern unter Hinweis auf die Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs durch den Repräsentanten keinerlei Äußerungsrecht zuzugestehen wäre¹⁸⁶; ein vollständiger Ausschluss des Äußerungsrechts wäre unangemessen und würde die von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV gesetzten Grenzen überschreiten.¹⁸⁷

Den Geschädigten ist in einem Gruppenvergleichsverfahren zwingend die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen, wobei man sich diesbezüglich am niederländischen und nicht am US-amerikanischen Beispiel orientieren sollte: Es gibt meines Erachtens keine plausiblen Gründe dafür, weshalb sich die Möglichkeit zur Stellungnahme und zum *opt-out*, wie das bei der *settlement class action* der Fall ist¹⁸⁸, gegenseitig ausschließen sollten – im Gegenteil sollte gerade auch denjenigen Geschädigten, deren kritische Stellungnahmen das Ergebnis der gerichtlichen Überprüfung nicht beeinflussen konnten, der Austritt aus dem Gruppenvergleich offen stehen (so auch Art. 108, Art. 110 und Art. 111 VE-FIDLEG). Anderenfalls würden Geschädigte, die sich die Möglichkeit zum Austritt erhalten möchten, davon abgehalten, Stellung zu nehmen, womit dem Gericht eine wichtige Informationsquelle für die Überprüfung der Angemessenheit des Gruppenvergleichs versiegt.¹⁸⁹

Fraglich ist indes, ob die Gewährung einer einmaligen schriftlichen Äußerungsmöglichkeit den Anforderungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV genügt. Für Zweiparteienverfahren fordert die Rechtsprechung des EGMR ein (theoretisch) unbeschränktes Recht auf Replik.¹⁹⁰ In WCAM-Verfahren können sich die Geschädigten wie gezeigt zusätzlich zur schriftlichen Stellungnahme während der mündlichen Verhandlung nochmals zu (ebenfalls schriftlichen, vor der Verhandlung einsehbaren) Antworten der Antragsteller auf die Stellungnahmen äußern¹⁹¹; das Recht auf Replik wird somit nur – aber immerhin – ansatzweise gewährleistet. Gleich verhielte es sich wohl beim Verfahrensmodell des Vorentwurfs zum FIDLEG (Art. 108 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 VE-FIDLEG).¹⁹²

¹⁸⁵ Vgl. etwa *Micklitz/Stadler*, Klagearten, S. 1385 ff.; *Lange*, S. 161 f.; *Bergmeister*, S. 43, 341; vgl. aus Sicht der Anwaltschaft auch *Tilp*, FS Krämer (2009), S. 360.

¹⁸⁶ So aber (in Bezug auf eine *opt-in*-Gruppenklage) *Micklitz/Stadler*, Gruppenklagen, S. 283 f., 288; *dies.*, Klagearten, S. 1385 ff.

¹⁸⁷ *Domej*, ZZP 125 (2012), 421, 448 f.; *Lange*, S. 166 f.

¹⁸⁸ Vgl. 2. Teil, A.II.4.

¹⁸⁹ Dazu näher 3. Teil, E.II und E.IV.

¹⁹⁰ Vgl. EGMR, 18.2.1997, *Nideröst-Huber v. Switzerland*, Ziff. 29; EGMR, 21.2.2002, *Ziegler v. Switzerland*, Ziff. 38 f.; dazu näher KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 53 N 4 f.; KUKO ZPO-Weber, R., Art. 124 N 8.

¹⁹¹ Vgl. 2. Teil, B.II.5.h.

¹⁹² Aus dem Wortlaut von Art. 108 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 VE-FIDLEG und den Materialien ergibt sich das zwar nicht eindeutig (vgl. auch Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 107). Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass Art. 108 VE-FIDLEG der

Eine großzügigere Regelung der Äußerungsmöglichkeiten wäre indes durchaus denkbar. Sie würde der fundamentalen Bedeutung des rechtlichen Gehörs eher gerecht werden. Überdies würde sie den für eine gründliche Überprüfung der Angemessenheit der Vergleichsvereinbarung unerlässlichen Stellungnahmen zusätzliches Gewicht verleihen. Soweit ersichtlich gibt es für die verbreitete Befürchtung, die Effizienz von Gruppenverfahren würde durch zusätzliche Äußerungsmöglichkeiten erheblich verringert, keine empirischen Erkenntnisse.¹⁹³ Erwägenswert wäre eine Regelung, die dem Gericht das Ermessen einräumt, weitere schriftliche Stellungnahmen oder auch weitere mündliche Anhörungen zuzulassen. Dabei könnte im Interesse der Verfahrenseffizienz grundsätzlich die für Zweiparteienverfahren geltende Rechtsprechung Anwendung finden, nach der die Parteien eine erneute Stellungnahme unverzüglich zu beantragen haben¹⁹⁴ – allerdings müsste darauf wohl explizit hingewiesen werden, da in Gruppenverfahren voraussichtlich viele Geschädigte nicht anwaltlich vertreten wären.¹⁹⁵

Ob über das Recht auf Stellungnahme hinaus eine Möglichkeit zum Beitritt in das Verfahren mit formeller Parteistellung nach dem Vorbild von Rule 24 FRCP (*intervention*)¹⁹⁶ gewährt werden sollte¹⁹⁷, ist meines Erachtens zumindest für reine Gruppenvergleichsverfahren zu verneinen: Da bereits ein Gruppenvergleich vorliegt, kann ein intervenierender Geschädigter den Repräsentanten durch seinen Beitritt nicht wie in einem streitigen Verfahren unterstützen. Sofern überdies als Repräsentant nicht eine natürliche Person, sondern nur eine Vertreterorganisation wirken kann¹⁹⁸, fällt auch eine Intervention mit dem Ziel, den unzulänglich agierenden Repräsentanten zu ersetzen, außer Betracht.¹⁹⁹

einschlägigen Bestimmung des WCAM (Art. 1013 Abs. 5 und Abs. 7 Rv) nachgebildet ist. Zwar nicht dem Wortlaut, wohl aber den Materialien zu dieser Bestimmung ist zu entnehmen, dass auf die schriftlichen Eingaben geantwortet werden kann, vgl. MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 27; dazu bereits 2. Teil, B.II.5.h.

¹⁹³ Dass viele Gruppenmitglieder in KapMuG-Verfahren weitgehend untätig bleiben, ist in diesem Zusammenhang besonders bemerkenswert – immerhin sind sie anwaltlich vertreten. Bleiben sie passiv, können sie sich nicht auf § 22 Abs. 3 KapMuG berufen, vgl. *Tilp*, FS Krämer (2009), S. 360; KK-KapMuG/Hess, Einl. N 29.

¹⁹⁴ Vgl. BGE 132 I 42, E. 3.3.4; OGer ZH, 24.6.2012, ZR 111 (2012), Nr. 56 (S. 167); KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 53 N 6a.

¹⁹⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang auch KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 53 N 6.

¹⁹⁶ Dazu 2. Teil, A.I.7.

¹⁹⁷ Vgl. *Domej*, ZZP 125 (2012), 421, 449.

¹⁹⁸ Dazu 3. Teil, D.II.

¹⁹⁹ Vgl. aber 3. Teil, D.III und D.V.1.

d) Anspruch auf Beweis und auf Akteneinsicht

Erwägenswert wäre schließlich, den Geschädigten zusätzlich zum Recht auf Stellungnahme im Gruppenvergleichsverfahren die Möglichkeit zu bieten, innerhalb enger Grenzen Beweisanträge zu stellen. Das Gericht nimmt zwar keine materielle Anspruchsprüfung vor, sondern trifft eine Ermessensentscheidung. Gleichwohl könnten Beweisanträge der Geschädigten dem Gericht zu einem besseren Kenntnisstand mit Blick auf die Überprüfung der Angemessenheit der Vergleichsvereinbarung verhelfen – und zwar unabhängig davon, ob im Gruppenvergleichsverfahren, wie in Art. 108 Abs. 4 VE-FIDLEG vorgeschlagen, ein (allenfalls eingeschränkter) Untersuchungsgrundsatz gilt.²⁰⁰ Es wäre also nicht etwa so, dass den Geschädigten die Beweisführung für Tatsachen obliegen würde, die für die Unangemessenheit der Gruppenvergleichsvereinbarung sprächen, sondern es ginge darum, den Gruppenmitgliedern ihr Recht auf Beweis auch im Gruppenvergleichsverfahren wenigstens ansatzweise zu gewähren.

Das WCAM kennt ein solches Recht der Gruppenmitglieder auf Beweisantrag soweit ersichtlich nicht, wohl aber das US-amerikanische Recht: Um die Stärken und Schwächen ihres originären Anspruchs und das Vergleichsangebot gegeneinander abwägen zu können, gewähren Gerichte den *objectors* in engen Grenzen ein Recht auf *discovery*.²⁰¹ Ob solche *discovery*-Begehren zugelassen werden, hängt maßgeblich davon ab, ob sich das Gericht neue Erkenntnisse zur Frage der Angemessenheit der Vergleichsvereinbarung verspricht.²⁰²

Um Verfahrensverzögerungen (und missbräuchliche Anträge) zu vermeiden, könnte die Zulässigkeit der Anträge wie in den USA ins Ermessen des Gerichts gestellt werden, wobei eine restriktive Praxis angezeigt wäre.²⁰³ Wie bereits bei der vorprozessualen Beweisermittlung²⁰⁴ ließe sich auch im Rahmen des Gruppenvergleichsverfahrens eine Aussage- oder Editionsspflicht unter Zwangsandrohung zwar nicht rechtfertigen. Weigern sich die Antragsteller aber ohne plausible Begründung – zu denken ist insbesondere an berechnete Geheimhaltungsinteressen –, dem Antrag Folge zu leisten, könnte das Gericht die Verweigerung immerhin als Indiz dafür werten, dass die Vergleichsvereinbarung nicht über alle Zweifel erhaben ist.

²⁰⁰ Dazu näher 3. Teil, E.III.

²⁰¹ *Girsh v. Jepsen*, 521 F.2d 153, 157 (3rd Cir. 1975); *In re Community Bank of Northern Virginia*, 418 F.3d 277, 316 (3rd Cir. 2005); zum Ganzen näher Newberg-Rubenstein, § 13:32; allgemein zur *discovery* vgl. 2. Teil, A.I.6.

²⁰² *City of Detroit v. Grinnell Corp.*, 495 F.2d 448, 462 f. (2nd Cir. 1974); *Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa U.S.A., Inc.*, 396 F.3d 96, 121 (2nd Cir. 2005); AMCL 4th, N 21.643.

²⁰³ Vgl. etwa *In re Domestic Air Transp. Antitrust Litigation*, 144 F.R.D. 421, 424 f. (N.D. Ga. 1992); AMCL 4th, N 21.643; Newberg-Rubenstein, § 13:32, m.w.H.

²⁰⁴ Vgl. 3. Teil, B.III.1.

Das Recht auf Akteneinsicht schließlich dürfte im Gruppenvergleichsverfahren in demselben Umfang wie in einem Zweiparteienverfahren gewährt werden.²⁰⁵ Mit Sicherheit sinnvoll wäre es, die Akten den Beteiligten auf geschützten Websites zugänglich zu machen.²⁰⁶

III. Verwendung überschüssiger Mittel bei opt-out-Verfahren

Abgesehen von der Frage der Vereinbarkeit mit dem Dispositionsgrundsatz und dem Anspruch auf rechtliches Gehör werden auch praktische Gründe gegen *opt-out*-Verfahren vorgebracht. Einer davon betrifft die sog. *take-up rate*, d.h. die Anzahl derjenigen Geschädigten, die in einem *opt-out*-Verfahren nach Genehmigung des Vergleichs oder nach Ergehen des Urteils tatsächlich ihre Entschädigung einfordern.²⁰⁷ Nach den Erfahrungen in den Ländern des *common law* kann die *take-up rate* von Fall zu Fall sehr stark variieren: Teilweise werden 100 Prozent der Entschädigungen, teilweise aber auch nur 30 Prozent oder noch weniger tatsächlich ausbezahlt.²⁰⁸ Die *take-up rate* ist aus naheliegenden Gründen vor allem bei Streuschäden gering, weil die Entschädigungen minimal und oft nicht alle Geschädigten bekannt sind.²⁰⁹ Solange aber das Gruppenvergleichsverfahren primär der Bewältigung von Massenschäden dienen soll, ist davon auszugehen, dass die meisten Geschädigten ihre Entschädigungsansprüche geltend machen werden.²¹⁰ Für den Fall, dass nicht alle Entschädigungen in Anspruch genommen werden, sind unterschiedliche Vereinbarungen denkbar: Überschüssige Mittel könnten als zusätzliche Entschädigung an die bereits befriedigten Geschädigten verteilt, einer gemeinnützigen Institution zugeführt oder an den Schädiger zurückbezahlt werden.²¹¹ Das Problem der Verwendung überschüssiger Mittel steht mithin der Einführung

²⁰⁵ Vgl. Art. 108 Abs. 6 VE-FIDLEG – Art. 53 Abs. 2 ZPO wäre wohl anwendbar.

²⁰⁶ Zur Praxis in den Niederlanden 2. Teil, B.II.5.h; in Deutschland 2. Teil, C.II.5.c; vgl. auch Tzankova, Unif. L. Rev. 2014, 1, 6.

²⁰⁷ Vgl. bspw. Haberbeck, Jusletter v. 12.1.2015, Rz. 56 f.; vgl. zum Ganzen auch Mulheron, Class Action, S. 431 ff.

²⁰⁸ Vgl. Hensler et al., S. 454 ff.; Cox/Thomas, 58 Stan. L. Rev. 411, 420 ff. (2005); Mulheron, (2015) 131 L.Q.R., 291, 308 f.; vgl. dazu auch bereits 2. Teil, A.II.8.

²⁰⁹ Vgl. zum Problem der „rationalen Apathie“ Einleitung, A.

²¹⁰ Mulheron, (2016) 35(1) C.J.Q., 14, 24. Vgl. aber die Studie von Cox/Thomas, 58 Stan. L. Rev. 411, 420 ff. (2005), wonach selbst institutionelle Investoren ihre substantiellen Ansprüche aus *class action settlements* durchschnittlich nur zu 30 Prozent geltend machen. Ob allerdings die Inanspruchnahme der Entschädigungen in der Schweiz ähnlich niedrig wäre, ist bereits aufgrund der geringeren Anzahl von Fällen und der damit verbundenen höheren Publizität des Einzelfalls eher zu bezweifeln.

²¹¹ Vgl. zur Verwendung überschüssiger Mittel im *Dexia*-Verfahren Tzankova, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 579 (2012); vgl. auch GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 3.26. Zur v.a. in den USA intensiv geführten Diskussion über *cy pres relief* bereits 2. Teil, A.II.8; zur britischen Regelung Mulheron, (2015) 131 L.Q.R., 291, 309.

eines *opt-out*-Verfahrens nach hier vertretener Auffassung jedenfalls nicht *per se* entgegen.

IV. Grenzüberschreitende Fälle und Attraktivität des Justizstandorts

Hinzuweisen ist schließlich auf die Frage, ob eine *opt-out*-Regelung auch Geschädigte mit Wohnsitz im Ausland umfassen würde. Beim Blick auf die bisherigen Entwicklungen in den Niederlanden ist nicht zu verkennen, dass gerade der Umstand, dass das WCAM nach Auffassung des *Gerechtshof Amsterdam* grundsätzlich sämtliche Geschädigte weltweit umfassen kann, aus Sicht der Schädiger erheblich zu dessen Attraktivität beiträgt.²¹² Einen anderen Ansatz verfolgt demgegenüber etwa Großbritannien, dessen 2015 in Kraft getretenes Gruppenvergleichsverfahren ausschließlich Geschädigte mit Wohnsitz im Inland erfasst und von Geschädigten mit Wohnsitz im Ausland ein *opt-in* erwartet.²¹³ Weil bereits eine schweizerische *opt-out*-Regelung mit nachträglichem Austrittsrecht für Ausnahmefälle²¹⁴ aus Sicht der Schädiger deutlich restriktiver als das niederländische WCAM wäre, könnte man versucht sein, zur Stärkung der Attraktivität der Schweiz als Justizstandort²¹⁵ für die Bewältigung von grenzüberschreitenden Massenschäden das *opt-out*-Verfahren nach niederländischem Vorbild auch auf Geschädigte mit Wohnsitz im Ausland anzuwenden. Ohne dieses Thema umfassend zu diskutieren, ist immerhin festzuhalten, dass es meines Erachtens verfehlt wäre, die Attraktivität des Justizstandorts in den Mittelpunkt der Überlegungen über ein Gruppenverfahren zu stellen. Zuvorderst sollte es darum gehen, den Geschädigten wie auch den Schädigern die Streitbeilegung zu erleichtern und ihrem Anspruch auf Justizgewährung gerecht zu werden.²¹⁶ Abgesehen davon würde eine Regelung nach britischem Vorbild die zahlreichen Probleme im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Massen- und Streuschäden²¹⁷ erheblich reduzieren. Das stünde im Einklang mit der internationalen Tendenz, die Anforderungen an den Einbezug

²¹² Vgl. 2. Teil, B.III.

²¹³ Vgl. Section 47B(11), 49A(8) und (10) sowie 49B(10) des revidierten *Competition Acts 1998*; dazu *Mulheron*, (2016) 35(1) C.J.Q., 14 ff.; für eine ähnliche Regelung entschied sich der belgische Gesetzgeber bei der *action en réparation collective*, vgl. *Stadler*, ZfPW 2015, 61, 69.

²¹⁴ Dazu 3. Teil, C.II.1.e.

²¹⁵ Dazu Bundesrat, Bericht 2013, S. 52, 54; zu dieser Diskussion in Deutschland etwa Begründung KapMuG 2005, Drs. 15/5091, S. 17; *Koch*, JZ 2011, 438, 443 ff.; *von Hein*, S. 138 f.

²¹⁶ Dazu bereits ausführlich 3. Teil, B.II.

²¹⁷ Vgl. dazu bereits 2. Teil, B.II.5.b und B.II.5.c.bb sowie B.II.7.b.bb; generell gegen ein *opt-out*-Verfahren aufgrund dieser Unklarheiten aber *Wyss*, Jusletter v. 16.2.2015, Rz. 117. Im Vorentwurf zum FIDLEG wurden diese Fragen noch nicht thematisiert.

von Geschädigten mit Wohnsitz im Ausland in ein Gruppenverfahren zu verschärfen.²¹⁸

V. Fazit

Opt-out-Verfahren weisen generell höhere Beteiligungsquoten auf als *opt-in*-Verfahren, stehen allerdings in einem Spannungsverhältnis mit der Dispositionsfreiheit und dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Analyse der Vereinbarkeit eines *opt-out*-Gruppenvergleichsverfahrens mit dem Dispositionsgrundsatz ergibt, dass zumindest bei (tatsächlich) benachrichtigten Gruppenmitgliedern der passive Verzicht auf ein *opt-out* kraft Gesetzes als konkludente Zustimmung zur Teilnahme am Gruppenvergleich gelten könnte. Die Gruppenmitglieder würde mithin eine Mitwirkungslast treffen.

Wesentlich problematischer erscheint bei *opt-out*-Verfahren die Frage, was gelten soll, wenn die Benachrichtigung der Betroffenen scheitert. In den USA und in den Niederlanden gilt die strenge Regel, dass auch Geschädigte an das Ergebnis des Gruppenverfahrens gebunden werden, die nachweislich nicht benachrichtigt wurden und somit tatsächlich keine Entscheidungsfreiheit hatten, solange die Art und Weise der Benachrichtigung den gesetzlichen Anforderungen entsprach. Die Rechtfertigung dieser strengen Praxis vermag nach hier vertretener Auffassung allenfalls bei Streuschäden zu überzeugen, weil die Geschädigten ohnehin auf die Rechtsdurchsetzung verzichten. Bei Massenschäden sollte hingegen das Interesse des Geschädigten am Schutz seiner Dispositionsfreiheit bestmöglich garantiert werden, und zwar auch dann, wenn dies dem Interesse des Schädigers an der Endgültigkeit des Gruppenverfahrens zuwiderläuft. Sofern ein schweizerisches Gruppenvergleichsverfahren nach dem *opt-out*-Prinzip konzipiert würde, sollte es mithin eine Austrittsmöglichkeit für Geschädigte, die nachweislich nicht benachrichtigt worden sind, vorsehen. Dies gebietet auch der Anspruch auf rechtliches Gehör. Möchte man die Unwägbarkeiten, die mit einer solchen Regelung verbunden wären, nicht in Kauf nehmen, sollte stattdessen dem *opt-in*-Ansatz der Vorzug gegeben werden.

Abgesehen von dieser Grundsatzfrage ließe sich ein *opt-out*-Gruppenvergleichsverfahren nach hier vertretener Auffassung mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör nur dann vereinbaren, wenn die Geschädigten zweimal benachrichtigt werden müssen und sich mindestens einmal schriftlich oder mündlich zur Vergleichsvereinbarung äußern können. Allerdings spricht viel dafür, weitere Stellungnahmen zuzulassen, sofern sie nicht offensichtlich unbegründet sind. Mit Blick auf die Überprüfung der Vergleichsvereinbarung könnte überdies in Erwägung gezogen werden, den Geschädigten ein (begrenztes) Recht auf Beweisanträge einzuräumen.

²¹⁸ Dazu ausführlich *Mulheron*, *Defense*, S. 245 ff.; *Stadler*, FS Schütze (2015), S. 576; *Hess*, *Approach*, S. 118.

Das Problem der Verwendung nicht beanspruchter Mittel steht der Einführung eines *opt-out*-Verfahrens nicht *per se* entgegen. In Betracht kommen unterschiedliche Verwendungsmöglichkeiten.

Mit Blick auf grenzüberschreitende Fälle wäre schließlich zu klären, ob Geschädigte mit Wohnsitz im Ausland ebenfalls nach dem *opt-out*-, oder nicht doch eher nach dem *opt-in*-Prinzip in das Verfahren einbezogen werden sollten.

D. Repräsentation

I. Funktion des Repräsentanten

Jedes Gruppenverfahren basiert, wenn auch in unterschiedlicher Intensität, auf dem Prinzip der Repräsentation.²¹⁹ Ein Zivilprozess mit einer großen Anzahl von Geschädigten ist nur dann innerhalb einer angemessenen Dauer durchführbar, wenn die Gruppenmitglieder durch einen Repräsentanten vertreten werden, der das Verfahren – abgesehen von bestimmten Beteiligungsmöglichkeiten der Geschädigten – weitgehend alleine, aber in deren Interesse führt.²²⁰ Mit Blick auf diese Vertretungskonstellationen ist insbesondere klärungsbedürftig, wer als Repräsentant in Frage kommt, wie er ernannt wird, welche Kompetenzen er hat und schließlich, wie er kontrolliert wird.

II. Subjekt

Für die Rolle des Repräsentanten kommen grundsätzlich drei Modelle in Betracht: Entweder handelt es sich um ein Mitglied aus der Gruppe der Geschädigten, um eine private Vertreterorganisation oder um eine staatliche Institution. Die Ansätze schließen sich indes nicht zwingend gegenseitig aus.²²¹ Im Folgenden wird nicht näher auf die Repräsentation durch staatliche Institutionen eingegangen, weil zumindest bei einem reinen, auf Massenschäden ausgerichteten Gruppenvergleichsverfahren in der Regel die Klärung umstrittener

²¹⁹ Krit. zum Begriff der Repräsentation aber *Lange*, S. 119 ff. M.E. lässt sich der Begriff des Repräsentanten durchaus synonym zu demjenigen des (Interessen-)Vertreters verwenden. Wer als Repräsentant bzw. Vertreter waltet, welche Funktion er hat, wie sich sein Verhältnis zu den Gruppenmitgliedern gestaltet, etc., unterscheidet sich von Gruppenverfahren zu Gruppenverfahren und lässt sich insoweit kaum ähnlich präzise wie im Zweiparteienverfahren definieren.

²²⁰ *Domej*, ZJP 125 (2012), 421, 439 f.; *Micklitz/Stadler*, Gruppenklagen, S. 261; vgl. auch KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 236 N 59.

²²¹ Vgl. die flexiblen Regelungen der Gruppenklage in Dänemark und Schweden, die alle drei Modelle vereinen: *Kiurunen/Lindström/Rath*, S. 194; *Sparrman/Göransson*, S. 202.

privater Rechtsverhältnisse im Vordergrund stünde, öffentliche Interessen hingegen nur mittelbar betroffen wären.²²²

1. Gruppenmitglied

Wie gezeigt, handelt es sich beim *class representative* einer US-amerikanischen *class action* in aller Regel um ein Mitglied aus der Gruppe der Geschädigten.²²³ Diesem Ansatz liegt der Gedanke zugrunde, dass sich ein Mitglied der Gruppe als Repräsentant grundsätzlich eignen sollte, weil sich die Interessen des Geschädigten mit denjenigen der übrigen Gruppenmitglieder tendenziell decken. Die Erfahrung zeigt indessen, dass dieser Interessengleichlauf nur der Idealvorstellung nach existiert. In der Praxis kann das US-amerikanische Modell zu erheblichen Interessenkonflikten führen, die man durch flankierende Voraussetzungen zu neutralisieren versucht.²²⁴ Problematisch an diesem Ansatz ist überdies, dass ein einfaches Gruppenmitglied die Tätigkeit des anwaltlichen Vertreters oft nicht ernsthaft überwachen kann.²²⁵ Die Beaufsichtigung des *class counsel* liegt faktisch meist alleine in der Verantwortung des Gerichts.²²⁶

Das KapMuG, nach dessen Konzeption ebenfalls ein Gruppenmitglied als Repräsentant waltet, ist von diesen Problemen weniger stark betroffen, weil jedes Gruppenmitglied individuell anwaltlich vertreten ist; schon alleine deshalb ist der Repräsentant und dessen Rechtsvertreter einer wesentlich stärkeren Kontrolle durch die anderen Gruppenmitglieder ausgesetzt.²²⁷ Allerdings führt dieser Ansatz zu erheblichen Effizienzverlusten. Als Vorlage für ein schweizerisches Gruppenverfahren fällt es überdies jedenfalls dann außer Betracht, wenn man ein *opt-out*-Verfahren bevorzugt.²²⁸

²²² Vgl. aber etwa zum offenbar erfolgreichen Klagerecht des Bundes im öffentlichen Interesse (Art. 10 Abs. 3 UWG), das die Rechtsdurchsetzung bei wettbewerbsrechtlichen Streuschäden erleichtern soll, Botschaft UWG (2009), BB1 2009, 6151, 6160, 6165 f.; *Sut-ter/Lörtscher*, recht 2012, 93 ff., insbes. 97 f.; *Domej*, ZZP 125 (2012), 421, 426 f.

²²³ Zur (selten in Anspruch genommenen) Klagebefugnis von Organisationen *Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission*, 432 U.S. 333, 342 f. (1977); *Marcus, R., Experience*, S. 163; vgl. zum *class representative* näher 2. Teil, A.I.2.c und d.

²²⁴ Siehe 2. Teil, A.I.2.d.

²²⁵ *Keske/Renda/van den Bergh*, S. 64; dazu bereits 2. Teil, A.I.2.d. Eine Übertragung des bei *securities class actions* implementierten *lead plaintiff*-Modells auf alle Arten von *class actions* ist als Lösungsansatz kaum umsetzbar, vgl. *Fisch*, 102 Colum. L. Rev. 650, 726 f. (2002); *Marcus, R., Experience*, S. 163.

²²⁶ Dazu 2. Teil, A.I.2.d. In Kanada ist dieselbe Tendenz feststellbar, vgl. *Piché*, S. 116 ff.

²²⁷ Vgl. auch 2. Teil, C.II.5.c und d.bb.

²²⁸ Dazu 3. Teil, C.II.1.e.dd.

2. Private Organisation

Gleich mehrere Vorteile verspricht demgegenüber, zumindest auf den ersten Blick, die Repräsentation durch eine private Vertreterorganisation nach niederländischem Vorbild: Weil die Organisation als neutrale Dritte vom Schadensereignis selbst nicht betroffen ist, wird einer Reihe von möglichen Interessenkonflikten der Boden entzogen. Überdies dürften die institutionelle Struktur, die personellen Ressourcen und das Know-how der Organisationen zu einer kompetenteren Kontrolle der Rechtsvertreter und damit zu einer besseren Wahrnehmung der Interessen der Geschädigten beitragen.²²⁹

a) Anerkennung von *ad hoc*-Organisationen

Nun sind gewiss auch Vertreterorganisationen nicht frei von Interessen, das zeigen die Entwicklungen zu konkurrierenden Organisationen in den Niederlanden anschaulich.²³⁰ Das kompetitive Verhalten solcher Organisationen sollte meines Erachtens aber nicht voreilig zum Schluss verleiten, dass der liberale niederländische Ansatz, neben etablierten Verbänden auch *ad hoc*-Organisationen als Repräsentanten der Gruppenmitglieder zuzulassen, *per se* verfehlt ist.²³¹ Denn die niederländischen Erfahrungen zeigen gerade auch, dass sich nach jedem Schadensereignis zunächst aufs Neue herausstellen muss, welche Organisationen gewillt sind, die Interessenvertretung wahrzunehmen, während andere aus unterschiedlichen Beweggründen darauf verzichten. Die Bereitschaft klassischer Verbraucher- oder Anlegerschutzverbände, die Interessenvertretung wahrzunehmen, ist nicht in jedem Einzelfall garantiert.²³² Das liegt auch daran, dass anerkannte Verbände wesentlich mehr zu verlieren haben als *ad hoc*-Organisationen – nämlich das Vertrauen und die Anerkennung der Mitglieder und der Öffentlichkeit.²³³ Letztere sind deswegen einer strengeren

²²⁹ Zu dieser Diskussion *Domej*, ZZP 125 (2012), 421, 447 f.; *dies.*, FS Sutter-Somm (2016), S. 72; *Tzankova*, Collective Redress, S. 128 ff.; *Oberhammer*, Gutachten ÖJT2015, S. 132 ff.; *Stürner*, ZZPInt 17 (2012), 259, 289; *Keske/Renda/van den Bergh*, S. 67 ff.; *Schäfer*, S. 86 ff.; *Mulheron*, Class Action, S. 303 ff.; *Mom*, S. 335; *Hodges*, S. 234 f.; *Micklitz/Stadler*, Gruppenklagen, S. 255 f.; vgl. auch Kommission, Empfehlung 2013, S. 61 (Rz. 18), S. 62 (Nr. 3a und 3d), S. 63 (Nr. 5 und 6) – in der Literatur ist umstritten, ob gemäß der Empfehlung die Vertretungsbefugnis ausschließlich Organisationen zukommen soll; dafür *Voet*, JPL Vol. 4 (2014), 97, 108; *Mulheron*, CYELS 17 (2015), 36, 39; a.A. *Stadler*, JZ 2015, 1138, 1146 (dort Fn. 120); zum Ganzen auch *Stadler*, euvr 2014, 80, 84 ff.

²³⁰ Vgl. 2. Teil, B.II.2.a.bb.

²³¹ Vgl. auch *Stadler*, ZfPW 2015, 61, 63 f., 82; Kommission, Empfehlung 2013, S. 63 (Nr. 6); gegen die Zulassung von *ad hoc*-Verbänden in Bezug auf das europäische Kartellrecht aber *Fiedler*, S. 209.

²³² *Tzankova/Hensler*, S. 104 f.; *Tzankova*, Collective redress, S. 129 ff.; vgl. dazu auch 2. Teil, B.II.2.a.bb. Gegen eine Begrenzung der Vertretungsbefugnis auf wenige Verbände auch *Oberhammer*, Gutachten ÖJT 2015, S. 132 ff.

²³³ A.A. wohl *Bohrer*, GesKR 2014, 318, 328.

Kontrolle zu unterwerfen²³⁴; darauf wird zurückzukommen sein.²³⁵ Grundsätzlich verdient aber die Entscheidung, im Vorentwurf zum FIDLEG implizit auch *ad hoc*-Organisationen zur Verbandsklage und zum Gruppenvergleichsverfahren zuzulassen (Art. 101 VE-FIDLEG)²³⁶, Zustimmung.

Gleichwohl sollte hinterfragt werden, ob die Konstituierung des Repräsentanten als Organisation – die konkrete Rechtsform dürfte eine untergeordnete Rolle spielen, soweit es nicht um Haftungsfragen geht – überhaupt nützlich ist, oder ob es sich nicht eher um eine Fassade handelt, hinter der in Wahrheit die anwaltlichen Vertreter das Sagen haben. Wäre dies der Fall, würde sich das niederländische Modell, zumindest was die *ad hoc*-Organisationen anbelangt, kaum noch vom US-amerikanischen Modell unterscheiden. Die bisherige Entwicklung in den Niederlanden ergibt in dieser Hinsicht ein gemischtes Bild. Ist beispielsweise mit Blick auf das *Vie d'Or*-Verfahren in der Literatur von kompetenten, integren und unabhängigen Vorstandsmitgliedern der Vertreterorganisation die Rede²³⁷, wurden die *ad hoc* gegründeten Stiftungen im *Shell*- und im *Converium*-Verfahren von mindestens einer auf *securities class actions* spezialisierten US-amerikanischen Anwaltskanzlei wenn nicht kontrolliert, so mit hoher Wahrscheinlichkeit zumindest beeinflusst.²³⁸ Dieser Umstand allein ist zwar nicht zwangsläufig problematisch, hätte aber Anlass dazu gegeben, die Handlungen der Organisationen einer besonderen Kontrolle zu unterziehen; darauf deutet zumindest in den beiden Entscheidungen des *Gerechtshof Amsterdam* aber nichts hin. Dass das Gericht die *ad hoc*-Stiftungen in diesen Verfahren als Repräsentantinnen anerkannte, lag wohl auch daran, dass an den Vergleichsverhandlungen jeweils ein etablierter Anlegerschutzverband beteiligt war und die Stiftungen von schadensanteilmäßig gewichtigen Gruppenmitgliedern – jeweils bedeutende institutionelle Investoren – akzeptiert wurden.²³⁹ Die genannten Fälle führen, ungeachtet ihrer grenzüberschreitenden Dimension, zur Frage, nach welchen Kriterien eine Vertreterorganisation anerkannt werden könnte.

²³⁴ So auch Stadler, euvr 2014, 80, 86.

²³⁵ Vgl. 3. Teil, D.V.

²³⁶ Vgl. Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 102: „Vielmehr sollen Verbände [...] unabhängig von [...] der Dauer ihres Bestehens zu einer Verbandsklage legitimiert sein.“

²³⁷ Tzankova, Collective Redress, S. 130 (die Vorstandsmitglieder wurden von der Regulierungsbehörde für Versicherungen bestimmt und die Stiftung zunächst staatlich finanziert, ebd. S. 123).

²³⁸ Vgl. Hensler, Class action, S. 178 ff.; GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 6.5.3, Ziff. 10.4. Eine ähnliche Konstellation würde sich überdies erneut im Zusammenhang mit dem VW-Diesel-Skandal ergeben, sollte es tatsächlich zu einem WCAM-Verfahren kommen, vgl. 2. Teil, B.II.8.b.

²³⁹ Vgl. GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.24 f.; dazu Hensler, Class action, S. 181; vgl. auch GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 10.4.

b) Anforderungen an die Organisation

Der Vorschlag für ein Gruppenvergleichsverfahren im Vorentwurf zum FIDLEG knüpft in dieser Beziehung an die Regelungen der Verbandsklagen – namentlich derjenigen in Art. 89 ZPO – an, orientiert sich aber auch am niederländischen Vorbild.²⁴⁰ Gemäß Art. 105 Abs. 1 VE-FIDLEG könnten „Verbände, Vereine und Organisationen“ als Repräsentanten anerkannt werden, sofern sie nicht gewinnorientiert sind und nach ihren Statuten oder ihrer Satzung zur Wahrung der Interessen der Geschädigten befugt sind (Art. 105 Abs. 1 i.V.m. Art. 101 VE-FIDLEG). Eine „gesamtschweizerische oder regionale Bedeutung“, wie sie unter anderem in Art. 89 ZPO verlangt wird, wäre nicht erforderlich.²⁴¹ Ein Gruppenvergleich könnte indes nur genehmigt werden, wenn die betreffende Organisation die Gruppe der Geschädigten „genügend zu repräsentieren vermag“ und nicht eine andere Organisation „besser zur Repräsentation geeignet erscheint“ (Art. 110 Abs. 2 lit. e VE-FIDLEG).

Das explizite Profit-Verbot²⁴² in Art. 101 lit. a VE-FIDLEG ist sinnvoll, weil es verhindern sollte, dass sich die Interessenvertretung unverzüglich als lukratives Geschäftsmodell entwickelt. Ist es Organisationen erlaubt, mit der Interessenvertretung einen Gewinn zu erzielen, besteht die Gefahr, dass diese in den Vergleichsverhandlungen ihre eigenen Interessen zuungunsten der Geschädigten verfolgen.²⁴³ Überdies mindert das Profit-Verbot den Anreiz, unbegründete Entschädigungsforderungen gegen den angeblichen Schädiger zu stellen.²⁴⁴ Zumindest solange es beim Gruppenvergleichsverfahren nicht primär darum gehen soll, im Sinne des *private law enforcement* die Rechtsdurchsetzung bei Streuschäden zu erleichtern, scheint es zweckmäßig, die Interessenvertretung nur Non-Profit-Organisationen zu überlassen.²⁴⁵ Das Verbot braucht sich grundsätzlich nur auf die Tätigkeit der Interessenvertretung in Gruppenvergleichsverfahren zu beziehen. Mit Blick auf anderweitige wirtschaftliche Tätigkeiten, wie sie Verbraucher- oder Anlegerschutzverbände teilweise ausüben, könnten namentlich die im Vereinsrecht entwickelten Grunds-

²⁴⁰ Vgl. 2. Teil, B.II.2.a.

²⁴¹ Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 102. Vgl. demgegenüber auch Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG.

²⁴² Das WCAM enthält keine entsprechende Vorschrift, wohl aber der brancheneigene *code of conduct* der Vertreterorganisationen; ob die Organisationen tatsächlich nicht gewinnorientiert sind, ist unklar, vgl. 2. Teil, B.II.2.a.bb. Vgl. auch Kommission, Empfehlung 2013, S. 62 (Nr. 4a).

²⁴³ Vgl. etwa *Stürner*, ZZPInt 17 (2012), 259, 289 f.; *Voet*, Funding, S. 212 (mit Blick auf das Erfolgshonorar); dazu auch 3. Teil, F.III.

²⁴⁴ Vgl. Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 104 f.

²⁴⁵ Dazu auch *Stürner*, ZZPInt 17 (2012), 259, 289 f.; vgl. auch *Stadler*, ZfPW 2015, 61, 64 (dort Fn. 25) zur Frage, ob die Kommission in ihrer Empfehlung bewusst darauf verzichtet hat, auch bei *ad hoc*-Organisationen die Gemeinnützigkeit vorauszusetzen.

ätze zum nichtwirtschaftlichen Zweck Anknüpfungspunkte für die Konkretisierung der Regelung bieten.²⁴⁶ Wenn der Organisation allerdings keine oder nicht genügend finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, wird oft die Beteiligung eines (sehr wohl gewinnorientierten) Prozessfinanzierers am Verfahren erforderlich sein. Die Beteiligung eines vierten Akteurs kann wiederum Interessenkonflikte hervorrufen, die ausgleichende Maßnahmen erfordern.²⁴⁷

Wichtiger als das förmliche Bekenntnis zur Interessenvertretung in der Satzung oder den Statuten (Art. 101 lit. b VE-FIDLEG) ist das sowohl im WCAM wie auch im Vorentwurf zum FIDLEG eher versteckte Kriterium der Repräsentativität (Art. 7:907 Abs. 3 lit. f BW²⁴⁸, Art. 110 Abs. 2 lit. e VE-FIDLEG), bei dem es im Kern um die in den Reaktionen auf den Vorentwurf zum FIDLEG verschiedentlich in Frage gestellte Legitimität der Organisationen geht.²⁴⁹ Der (bisherige) niederländische Ansatz, dieses unscharfe Kriterium nicht im Gesetz zu konkretisieren, ist meines Erachtens insofern sinnvoll, als eine Auflistung einzelner Aspekte ohnehin nur beispielhaften, nicht abschließenden Charakter haben sollte.²⁵⁰ Wollte man gleichwohl detailliertere Kriterien im Gesetz statuieren²⁵¹ (wobei spätestens dann sämtliche Kriterien an einem einheitlichen Ort im Gesetz zu nennen wären), sollte insbesondere die Akzeptanz der Organisation unter den Geschädigten, die Transparenz der Interessenvertretung und die Organisationsstruktur, im Besonderen die Unabhängigkeit der Vorstandsmitglieder, deren Beaufsichtigung und deren Vergütung, als Beispiel genannt werden.²⁵² Weil eine demokratische Wahl des Repräsentanten bei einem *opt-out*-Verfahren kaum sinnvoll wäre²⁵³, ist der Akzeptanz der Organisation unter den Geschädigten besonderes Gewicht beizumessen, auch wenn sich oft nur ein Bruchteil der Anzahl der Geschädigten in einer Konsultation äußern dürfte. Selbst den Unterstützungserklärungen weniger Geschädigter kann je nach Ausgangslage durchaus Bedeutung beigemessen werden. Mit Blick auf finanzmarktrechtliche Streitigkeiten hat sich beispielsweise der *Gerechtshof Amsterdam* meines Erachtens mit gutem Grund auf die Zustimmung institutioneller Investoren abgestützt, haben diese doch am ehes-

²⁴⁶ Vgl. BGE 90 II 333, E. 2 ff.; dazu näher BK ZGB-Riemer, Art. 60 N 46 ff.

²⁴⁷ Dazu näher 3. Teil, D.V.3 sowie F.IV.

²⁴⁸ Vgl. 2. Teil, B.II.2.a.bb.

²⁴⁹ Krit. etwa *Rehm/Werlen*, S. 113; *Bohrer*, GesKR 2014, 318, 328; *Kölz*, NZZ v. 8.8.2014, S. 18; *Müller, K.*, ZBJV 151 (2015), 801, 824 f.

²⁵⁰ Dazu 2. Teil, B.II.2.a.bb; vgl. aber ebd. auch zu den verschärften Anforderungen an Vertreterorganisationen im Entwurf für eine Schadenersatzverbandsklage, die im Gesetz geregelt würden. M.E. könnte der zunehmenden Konkurrenz zwischen den Organisationen auch durch eine strengere Rspr. begegnet werden.

²⁵¹ Dafür wohl *Stadler*, euvr 2014, 80, 87.

²⁵² Vgl. *Klauser/Hadler*, ZZPInt 18 (2013), 103, 129.

²⁵³ Dazu sogleich 3. Teil, D.III.

ten die Ressourcen und das Know-how, den Repräsentanten und die anwaltlichen Vertreter zu kontrollieren.²⁵⁴ Mögliche Interessenkonflikte zwischen institutionellen Investoren und Privatanlegern könnten durch die parallele Beteiligung²⁵⁵ eines etablierten Verbraucher- oder Anlegerverbandes und durch die Aufsicht des Gerichts²⁵⁶ ausgeglichen werden.

Abgesehen davon hängt die Legitimität des Repräsentanten wesentlich von den Vorstandsmitgliedern der Organisation ab: Ihr Handeln sollte transparent sein, sie sollten integer und sowohl gegenüber dem Schädiger als auch gegenüber den anwaltlichen Vertretern unabhängig sein, sich gegenüber einer Kontroll- bzw. Revisionsstelle²⁵⁷ verantworten müssen und nach transparenten Richtlinien vergütet werden.

Nur erinnert sei schließlich an die noch wenig geklärten Fragen, die sich im Zusammenhang mit den Anforderungen an Organisationen stellen, die die Interessen von Geschädigten mit Wohnsitz im Ausland vertreten.²⁵⁸

III. Ernennung

Die Ernennung des Repräsentanten ist bei Gruppenvergleichsverfahren besonders dann problematisch, wenn das Gericht erst zu einem Zeitpunkt in die Auseinandersetzung involviert wird, in dem sich der Schädiger bereits mit dem mutmaßlichen Repräsentanten geeinigt hat.²⁵⁹ Während in den USA das Gericht einen *interim class counsel* bestimmen kann²⁶⁰, erfolgt die Auswahl des Repräsentanten in den Niederlanden gewissermaßen durch „Marktkräfte“, d.h. es setzt sich derjenige Repräsentant durch, der sich die Unterstützung einer möglichst großen Anzahl von Geschädigten sichern kann und mit dem der Schädiger in Vergleichsverhandlungen tritt. Das Gericht kann den Repräsentanten aber nachträglich ablehnen, wenn er die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt. War er alleiniger Interessenvertreter, führt dies zur Ablehnung des Antrags auf Verbindlicherklärung des Gruppenvergleichs.²⁶¹ Der Regelungsvorschlag im Vorentwurf zum FIDLEG folgt in dieser Beziehung dem

²⁵⁴ Vgl. *Ozmis/Tzankova*, TvCR 2012, 33, 39 ff. mit Hw. auf *Perino*, 9 JELS 386(2012); *Choi/Pritchard/Fisch*, 83 Wash. U. L. Q. 268 (2005); *Cox/Thomas*, 106 Colum. L. Rev. 1587 (2006).

²⁵⁵ Dazu sogleich 3. Teil, D.III.

²⁵⁶ Vgl. zu möglichen Konflikten etwa *Lazy Oil Co. v. Witco Corp.*, 166 F.3d 581 (3rd Cir. 1999), wo das Gericht trotz Kritik von geschädigten Unternehmen, aber im (mutmaßlichen) Interesse von ebenfalls geschädigten Investoren ein *class action settlement* genehmigte, dazu krit. *Coffee*, 100 Colum. L. Rev. 370, 406 ff. (2000).

²⁵⁷ Vgl. dazu auch GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 10.4.

²⁵⁸ Vgl. dazu die Nw. in 2. Teil, B.II.2.a.bb; zur Inklusion von Geschädigten mit Wohnsitz im Ausland auch 3. Teil, C.IV.

²⁵⁹ Zur zunächst fehlenden Vertretungsbefugnis näher 3. Teil, D.IV.1.

²⁶⁰ Vgl. 2. Teil, A.II.3.

²⁶¹ Vgl. 2. Teil, B.II.2.a.

niederländischen Modell.²⁶² Ein anderer Verfahrensablauf ist zwar durchaus denkbar, allerdings sind die Hürden in der Praxis, wie sich sogleich zeigen wird, teilweise hoch.

Die höchste Legitimität würde dem Repräsentanten eine demokratische Wahl durch die Gruppe der Geschädigten verleihen.²⁶³ Dabei könnte man sich theoretisch am Insolvenz- beziehungsweise Konkursrecht orientieren, wo die Gläubigerversammlung die Konkursverwaltung wählt (Art. 237 Abs. 2, Art. 235 Abs. 3–4 SchKG). Ein Wahlverfahren wäre indes bereits bei der gesetzlichen Regelung, geschweige denn bei der Durchführung sehr aufwändig: Erforderlich wäre zunächst eine Auswahl und gegebenenfalls eine Vorprüfung möglicher Kandidaten (durch wen?), anschließend die (kostspielige) Benachrichtigung der Geschädigten (die noch vor Abschluss einer Vergleichsvereinbarung erfolgen müsste) und schließlich die Durchführung der Wahl.²⁶⁴ Besonders bei *opt-out*-Verfahren dürfte sich wohl regelmäßig nur eine Minderheit der Geschädigten an der Wahl beteiligen²⁶⁵; trotz des beträchtlichen Aufwands bliebe dann die Legitimationswirkung des Wahlprozederes sehr begrenzt.

Eine realistischere Alternative wäre die vorgängige gerichtliche Ernennung des Repräsentanten, wobei es wohl sinnvoll wäre, den Repräsentanten zunächst nur provisorisch zu ernennen²⁶⁶, sodass er als *interim*-Repräsentant mit dem Schädiger in Vergleichsverhandlungen treten könnte – die Tauglichkeit von *ad hoc*-Organisationen ließe sich zunächst wohl ohnehin nur oberflächlich und insoweit provisorisch überprüfen. Eine gerichtliche Ernennung noch vor Aufnahme der Vergleichsgespräche hätte den Vorteil, dass sie dem Repräsentanten Legitimität und dem Schädiger eine gewisse Erwartungssicherheit verschaffen würde.²⁶⁷ Allerdings sollte die Aufgabe, vorgängig die „geeignetste“ Organisation zu bestimmen, nicht unterschätzt werden.²⁶⁸ Überdies wäre eine vorgängige provisorische Ernennung durch das Gericht wohl nicht in jedem Fall erforderlich.²⁶⁹

Immerhin sind die bisherigen Erfahrungen mit dem „Markt“-Modell in den Niederlanden – trotz der gestiegenen Anzahl konkurrierender Organisationen – insgesamt positiv: Der bisher einzige Fall, in dem Organisationen nachträglich die Repräsentantenstellung aberkannt (bzw. nicht anerkannt) wurde, betraf

²⁶² Vgl. Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 104, S. 109.

²⁶³ Micklitz/Stadler, Klagearten, S. 1389; *Coffee*, 100 Colum. L. Rev. 370, 382 (2000); vgl. auch Stadler, Referat 62. DJT, S. I 51 f.

²⁶⁴ Skeptisch auch Stadler, Ausblick, S. 113.

²⁶⁵ Vgl. auch *Coffee*, 100 Colum. L. Rev. 370, 382 (2000).

²⁶⁶ Zu dieser Möglichkeit nach Rule 23(g)(3) FRCP bereits 2. Teil, A.II.3.

²⁶⁷ *Ozmis/Tzankova*, TvCR 2012, 33, 36 f.; *van Lith*, S. 103, 158 f.; vgl. dazu auch bereits 2. Teil, B.II.3.c.

²⁶⁸ Vgl. Micklitz/Stadler, Klagearten, S. 1391; vgl. zur Kasuistik in den USA Newberg-Rubenstein, § 3:81, m.w.H.

²⁶⁹ Vgl. auch Micklitz/Stadler, Klagearten, S. 1391; *Lange*, S. 311 ff.

seriöse Pensionsfonds und nicht etwa dubiose Vertreterorganisationen.²⁷⁰ Eine subsidiäre gerichtliche Kompetenz, den Repräsentanten provisorisch zu ernennen, wenn sich nicht abzeichnet, welcher Anwärter am meisten Unterstützung von den Geschädigten erhält, würde demnach wohl ausreichen.²⁷¹

Abgesehen von der Frage, wer den Repräsentanten ernennt, ist zudem von Belang, ob zugleich mehrere Organisationen die Gruppe der Geschädigten vertreten können. Ein gewichtiger Vorteil der parallelen Beteiligung unterschiedlicher Vertreterorganisationen ist die Kontrolle, die diese gegenseitig ausüben könnten.²⁷² Bei Differenzen unter den Gruppenmitgliedern (namentlich in der Art der Betroffenheit) kann eine segmentierte Interessenvertretung durch mehrere Organisationen überdies sicherstellen, dass Interessenkonflikte nivelliert werden. In den USA hat der Richter aus diesem Grund die Kompetenz, wenn nötig für *subclasses* je eigene *subclass representatives* und *counsel* zu ernennen.²⁷³ Allerdings kann mangelnder Konsens unter den verschiedenen Repräsentanten die Vergleichsverhandlungen erschweren.²⁷⁴ In den USA ist denn auch umstritten, wie mit Interessenkonflikten innerhalb der Gruppe und wie mit Differenzen unter den Repräsentanten umgegangen werden soll; das Gericht hat aber jedenfalls weitreichende Gestaltungsbefugnisse.²⁷⁵ Mit Blick auf ein schweizerisches Gruppenvergleichsverfahren müsste das Gericht wohl unter Umständen eingreifen und der einen oder anderen Organisation wenn nötig die Anerkennung verweigern können.

IV. Vertretungsbefugnis

1. Dogmatische Begründung der Vertretungsbefugnis

Unabhängig davon, ob die Ernennung des Repräsentanten im Rahmen eines demokratischen Wahlverfahrens, durch faktisches „Marktgeschehen“ oder auf gerichtliche Anordnung hin erfolgt, stellt sich die Frage, wie sich die Vertretungsbefugnis des Repräsentanten dogmatisch begründen lässt. Denn das Prozedere der Ernennung sagt grundsätzlich noch nichts darüber aus, ob eine Organisation für die Gruppenmitglieder überhaupt wirksam Rechtshandlungen tätigen – konkret: einen Gruppenvergleich abschließen – kann.²⁷⁶

²⁷⁰ Dazu bereits 2. Teil, B.II.2.a.

²⁷¹ Vgl. aber auch den Vorschlag zur Einführung eines *lead plaintiff*-Modells im Entwurf für eine Verbandsklage auf Schadenersatz 2. Teil, B.II.2.a.bb.

²⁷² *Tzankova/Hensler*, S. 104 f.; *Tzankova*, Collective redress, S. 129.

²⁷³ Vgl. 2. Teil, A.I.4.

²⁷⁴ *van Lith*, S. 97; vgl. auch *Eichholtz*, S. 162.

²⁷⁵ Vgl. *Ratner*, 92 Wash. L. Rev. (im Erscheinen, 2017); *Coffee*, 100 Colum. L. Rev. 370, 397 ff. (2000); *Eichholtz*, S. 162 f.

²⁷⁶ Bei einer demokratischen Wahl noch vor Beginn der Vergleichsverhandlungen könnte bei Gruppenmitgliedern, die die Organisation tatsächlich gewählt haben, allenfalls eine stell-

a) Stellvertretung und Geschäftsführung ohne Auftrag

Fraglich ist zunächst, ob sich die Vertretungsbefugnis der Organisationen mit denselben Bestimmungen des Obligationenrechts legitimieren lässt, die beim Abschluss eines Zweiparteienvergleichs durch einen Stellvertreter zur Anwendung kommen.

Soweit zwischen dem Stellvertreter und dem Vertretenen keinerlei vertragliche oder gesetzliche Beziehung besteht, ist mit Blick auf das Außenverhältnis zwischen dem Stellvertreter und dem Dritten das allgemeine Stellvertretungsrecht nach Art. 32 ff. OR einschlägig. Das Innenverhältnis zwischen Stellvertreter und Vertretenem wird hingegen durch die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag (insbesondere Art. 419 ff. OR) geregelt.²⁷⁷

Im Außenverhältnis können gewillkürte Vertreter für die Parteien wie gezeigt grundsätzlich nach Maßgabe von Art. 32 ff. OR einen Vergleich abschließen, wobei aufgrund der weitreichenden Folgen eines Vergleichs regelmäßig eine Sondervollmacht vorausgesetzt wird.²⁷⁸ Auf die Konstellation eines *opt-out*-Gruppenvergleichsverfahrens nach dem Modell des Vorentwurfs zum FIDLEG²⁷⁹ übertragen bedeutet das, dass der Repräsentant bei den Vergleichsverhandlungen mit dem Schädiger zunächst als Vertreter ohne Vertretungsmacht handeln würde, da er weder über eine allgemeine, geschweige denn über eine besondere Vollmacht der Geschädigten verfügt.²⁸⁰ Sein Handeln würde gegenüber den vertretenen Geschädigten keine Rechtswirkungen entfalten, solange diese den Vertrag nicht genehmigen (Art. 38 Abs. 1 OR).²⁸¹ Eine

vertretungsrechtliche Ermächtigung angenommen werden; bei Gruppenmitgliedern, die dieselbe Organisation nicht gewählt haben, fällt eine solche Ermächtigung allerdings außer Betracht.

²⁷⁷ Vgl. BGE 83 III 121, E. 3; BSK OR I-Weber, Vor Art. 419–424 N 14.

²⁷⁸ Dazu bereits I. Teil, A.I.1.b.

²⁷⁹ Die Materialien zum Vorschlag erläutern nicht näher, wie das Handeln des Repräsentanten nach schweizerischem Recht eingeordnet werden könnte, vgl. Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 103 ff.

²⁸⁰ Prägnant zur US-amerikanischen Ausgangslage *Erichson*, 82 Geo. Wash. L. Rev. 951, 958 (2014): „[...] a lawyer negotiating a settlement class action is selling something that she does not have.“

²⁸¹ Dazu *Gauch*, S. 12 (dort Fn. 59); *Platz*, S. 35. Die Anwendbarkeit von Art. 38 OR würde zwar streng genommen voraussetzen, dass der Vertreter in fremdem Namen ohne Vertretungsmacht handelt (vgl. BSK OR I-Watter, Art. 38 N 2; KUKO OR-Jung, Art. 38 N 2). Das wäre beim Abschluss einer Vergleichsvereinbarung im Vorfeld eines Gruppenvergleichsverfahrens aber nicht zwingend der Fall: Zumindest in den Niederlanden schließen die Vertreterorganisationen die Vergleichsverträge zwar im Interesse der Geschädigten, aber in eigenem Namen (vgl. 2. Teil, B.II.2.a). Allerdings hat das Bundesgericht Art. 38 Abs. 1 OR auch auf einen Fall angewandt, bei dem ein Vertreter ohne Vertretungsmacht für zwei Konfliktparteien einen Vergleichsvertrag aufsetzte, jeweils ohne ausdrücklich in deren Namen zu handeln; der Vergleichsvertrag wurde anschließend von den beiden Vertretenen unterzeichnet und damit genehmigt (BGer 25.8.2014, 4A_368/2014, E. 4). Weil der Vertreter

Genehmigung kann zwar grundsätzlich konkludent erfolgen.²⁸² Davon könnte allenfalls dann ausgegangen werden, wenn die Geschädigten ihre Ansprüche im Rahmen des Gruppenvergleichsverfahrens anmelden. Tun sie das nicht – sei es, weil sie gar nicht benachrichtigt wurden, sei es, weil sie trotz Benachrichtigung untätig bleiben – bliebe ihre Genehmigung aber auf jeden Fall aus, denn Stillschweigen gilt in Bezug auf Art. 38 Abs. 1 OR als Ablehnung.²⁸³ Nach dem Gesagten ließe sich auf der Grundlage des Stellvertretungsrechts die Vertretungsbefugnis des Repräsentanten jedenfalls gegenüber Geschädigten, die im Gruppenvergleichsverfahren untätig bleiben, nicht rechtfertigen.

An diesem Ergebnis vermögen Überlegungen zum Innenverhältnis – namentlich die Frage, ob unter den Bedingungen eines *opt-out*-Gruppenvergleichsverfahrens die Handlungen des Repräsentanten als ein im Interesse des Geschädigten gebotenes, dringliches Rechtsgeschäft und damit als echte Geschäftsführung ohne Auftrag qualifiziert werden sollten, oder stattdessen von einem nicht gebotenen Geschäft im Sinne der unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag auszugehen wäre²⁸⁴ – nichts zu ändern. Denn solange es auch im Innenverhältnis an einer (gegebenenfalls konkludenten) Genehmigung des Geschäftsherrn nach Art. 424 OR²⁸⁵ fehlt – wie es jedenfalls bei passiven Geschädigten der Fall wäre –, fällt die Möglichkeit, dass sich eine im Innenverhältnis erteilte Genehmigung auf das Außenverhältnis auswirkt²⁸⁶, außer Betracht.

b) Spezialgesetzliche Vertretungsbefugnis

Weil die Begründung einer allgemeinen, sämtliche Gruppenmitglieder umfassenden Vertretungsbefugnis der Organisationen gestützt auf das Stellvertretungsrecht (und das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag) scheitert, ließe sich eine solche Kompetenz dogmatisch nur als spezialgesetzliche Regelung

nicht in fremdem Namen handelte, hätte die Vereinbarung nach Ansicht des Bundesgerichts auch als Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. Art. 112 OR qualifiziert werden können (BGer 25.8.2014, 4A_368/2014, E. 4). Das ist m.E. insofern problematisch, als ein Vergleich in der Regel Zugeständnisse erfordert und es sich damit nicht nur um einen Vertrag zugunsten, sondern zugleich auch zulasten des Dritten handeln würde; ein Vertrag zu Lasten Dritter, der den unbeteiligten Dritten zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen – im vorliegenden Fall zum Verzicht auf einen Teil seines (mutmaßlichen) originären Anspruchs – verpflichten würde, ist aber ausgeschlossen (Schwenzer, § 86 Rz. 86.28; BSK OR I-Zellweger-Gutknecht, Art. 112 N 7).

²⁸² BGE 101 II 222, E. 6b.bb; BSK OR I-Watter, Art. 38 N 6.

²⁸³ BGE 93 II 302, E. 4 f.; dazu ausführlich BK OR-Zäch/Künzler, Art. 38 N 54 f.

²⁸⁴ Zu dieser Unterscheidung BSK OR I-Weber, Vor Art. 419–424 N 8 f.

²⁸⁵ Dazu BGer, 31.3.2008, 4A_496/2007, E. 2.2; BSK OR I-Weber, Art. 424 N 2.

²⁸⁶ Dazu BGE 41 II 268, E. 3 f.; BSK OR I-Weber, Art. 424 N 10.

einordnen.²⁸⁷ Dabei würde es sich wohl um eine Form der gesetzlichen Prozessstandschaft handeln, da die Organisation im eigenen Namen über fremdes Recht prozessiert.²⁸⁸ In reinen Gruppenvergleichsverfahren wird zwar nur bedingt prozessiert, fehlt es doch an einem kontradiktorischen Verfahren, in dem Ansprüche einer materiellen Prüfung und Entscheidung zugeführt werden. Der genehmigte Gruppenvergleich würde aber gegenüber den Geschädigten die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids entfalten (vgl. Art. 110 Abs. 3 VE-FIDLEG i.V.m. Art. 241 ZPO²⁸⁹), solange diese nicht ihren Austritt erklären. Hierin würde sich die Vertretungsbefugnis in Gruppenvergleichsverfahren im Übrigen eindeutig von Verbandsklagerechten respektive -verfahren unterscheiden, deren Ergebnisse nicht in die Rechte der Gruppenmitglieder eingreifen.²⁹⁰

Die Vertretungsbefugnis würde zunächst sämtliche, d.h. auch unbekannte Gruppenmitglieder erfassen. Sie entfällt aber rückwirkend bei Gruppenmitgliedern, die ihr *opt-out* erklären. Nach dem vorliegend skizzierten Modell eines *opt-out*-Gruppenvergleichsverfahrens mit nachträglichem Austrittsrecht²⁹¹ befände sich die Vertretungsbefugnis mit Blick auf gewisse Geschädigte in einem gegebenenfalls länger andauernden Schwebezustand: Weil Geschädigte, die nicht benachrichtigt wurden, nach diesem Modell ein Recht zum Austritt auch nach Ablauf der offiziellen *opt-out*-Frist hätten, würde die Vertretungsbefugnis erst mit dem nachträglichen Austritt der betreffenden Person rückwirkend entfallen.

2. Konkretisierung der Stellung des Repräsentanten

Aufgrund der Struktur des Verfahrens wäre der Repräsentant bereits vor Einreichung des Antrags verpflichtet, die Interessen der Geschädigten angemessen

²⁸⁷ Vgl. den niederländischen Ansatz, das Gruppenvergleichsverfahren sowohl im Bürgerlichen Gesetzbuch als auch in der Zivilprozessordnung zu regeln 2. Teil, B.I.1. Wie die Vertretungsbefugnis der Organisationen in den Niederlanden dogmatisch eingeordnet wird, ist unklar. Implizit ist wohl von einer spezialgesetzlichen Vertretungsbefugnis auszugehen.

²⁸⁸ Vgl. zur Praxis in den Niederlanden 2. Teil, B.II.2.a; zum Begriff der Prozessstandschaft KUKO ZPO-*Domej*, Art. 67 N 21 ff.; BGE 135 I 63, E. 1.1.2; vgl. auch Gottwald, ZJP 91 (1978), 1, 12; gegen eine Einordnung der US-*class action* als Prozessstandschaft aber Lötcher, S. 227 ff.

²⁸⁹ Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 109.

²⁹⁰ BSK ZPO¹-*Oberhammer*, Art. 89 N 20; KUKO ZPO-*Weber*, Art. 89 N 21; *Thévenoz*, S. 148. Abgesehen davon macht der Verband bei Verbandsklagen nach wohl überwiegender Auffassung einen eigenen materiellrechtlichen Anspruch geltend (vgl. KUKO ZPO-*Weber*, Art. 89 N 4; *Domej*, ZJP 125 (2012), 421, 425, m.w.N. zum Meinungsstand in Deutschland und Österreich; zum Meinungsstand in den Niederlanden *Mom*, S. 197 ff.), was bei Vertreterorganisationen in Gruppenvergleichsverfahren wohl nicht der Fall wäre.

²⁹¹ Zu diesem Vorschlag 3. Teil, C.II.1.e.

zu vertreten.²⁹² Kommt er dieser Pflicht nicht nach, sollte das Gericht, nachdem der Antrag eingereicht worden ist, zum Schutz der Interessen der Geschädigten eingreifen und die notwendigen Maßnahmen anordnen.²⁹³ Der Repräsentant würde demnach von Beginn seiner Tätigkeit an eine besondere Verantwortung gegenüber der Gruppe der Geschädigten tragen, wobei zumindest in krassen Fällen, etwa bei missbräuchlichem oder bei fahrlässigem Verhalten, das massive Verfahrensverzögerungen verursacht, wohl auch eine Haftung in Frage käme.²⁹⁴

Nach Einreichung des Antrags auf Verbindlicherklärung der Vergleichsvereinbarung entspricht die Rechtsstellung des Repräsentanten wie erwähnt wohl derjenigen eines gesetzlichen Prozessstandschafters. Allerdings unterscheidet sich die Aufgabe des Repräsentanten im Gruppenvergleichsverfahren von derjenigen des Repräsentanten im Gruppeklageverfahren: Letzterer führt das kontradiktorische Gruppeklageverfahren ähnlich wie ein Zweiparteienverfahren, wobei er als Vertreter das rechtliche Gehör der überwiegend passiven Geschädigten wahrnimmt.²⁹⁵ Bei einem Gruppenvergleichsverfahren ist es hingegen vorwiegend Aufgabe des Repräsentanten, während des Verfahrens den von ihm gemeinsam mit dem Schädiger ausgehandelten Vergleichsvorschlag gegenüber den Geschädigten und dem Gericht zunächst schriftlich und dann mündlich zu präsentieren, zu präzisieren und zu rechtfertigen. Er vertritt durchaus auch während des Verfahrens die Interessen der Geschädigten, ist diesen (und dem Gericht) aber zugleich aufgrund der im Vorfeld abgeschlossenen Vergleichsvereinbarung in besonderem Ausmaß Rechenschaft schuldig. Dazu könnte wie gezeigt auch eine Auskunftspflicht gegenüber den Geschädigten und dem Gericht gehören.²⁹⁶ Macht das Gericht indes Änderungsvorschläge, ist der Repräsentant verpflichtet, im Interesse der Geschädigten über die Anpassung der Vergleichsvereinbarung zu verhandeln, und zwar auch dann, wenn wenig Bereitschaft dazu besteht.²⁹⁷

Zu den zentralen Aufgaben des Repräsentanten im Gruppenvergleichsverfahren kann schließlich die Benachrichtigung der Geschädigten gehören. Der Vorschlag für ein Gruppenvergleichsverfahren im Vorentwurf zum FIDLEG

²⁹² Vgl. auch zur US-amerikanischen *settlement class action* Advisory Committee, Note 2003 Amendment: „Whether or not formally designated interim counsel, an attorney who acts on behalf of the class before certification must act in the best interests of the class as a whole. For example, an attorney who negotiates a pre-certification settlement must seek a settlement that is fair, reasonable, and adequate for the class.“

²⁹³ Näher zur Ernennung und Kontrolle des Repräsentanten 3. Teil, D.III und V.1.

²⁹⁴ Vgl. zur Haftung des Musterklägers in Deutschland KK-KapMuG/*Kruis*, RVG N 34 ff.

²⁹⁵ Vgl. *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 809 ff. (1985); *Stadler*, Bündelung I, S. 26 f.

²⁹⁶ Vgl. 3. Teil, C.II.2.d.

²⁹⁷ Vgl. zu möglichen Spannungen 2. Teil, B.I.4.c sowie 3. Teil, E.III.

(vgl. Art. 108 Abs. 2 und Art. 110 Abs. 5 und Abs. 6 VE-FIDLEG) folgt zu Recht dem niederländischen Vorbild: Grundsätzlich wären die Antragsteller gemeinsam dafür zuständig, die Geschädigten zu benachrichtigen, und sie hätten auch die Kosten gemeinsam zu tragen.²⁹⁸ Weil die gehörige Benachrichtigung Voraussetzung dafür ist, dass die Geschädigten ihr Beteiligungs- und ihr Austrittsrecht wahrnehmen können, ist es sinnvoll, das Gericht mit der Kontrolle der Benachrichtigung zu betrauen.²⁹⁹ Die Antragsteller sollten somit dem Gericht gegenüber Rechenschaft über die Benachrichtigung ablegen müssen.³⁰⁰

Fraglich ist indessen, ob die Antragsteller auch für die Benachrichtigung von Geschädigten mit Wohnsitz im Ausland zuständig sein sollten. Aus organisatorischer Sicht spricht zunächst alles dafür: Wenn die Antragsteller ohnehin bereits mit der Benachrichtigung der Geschädigten mit Wohnsitz im Inland betraut sind, liegt es nahe, ihnen auch die Benachrichtigung von Geschädigten mit Wohnsitz im Ausland zu überlassen. Soweit sich die Antragsteller allerdings eine möglichst umfassende Anerkennung des genehmigten Gruppenvergleichs im Ausland zum Ziel setzen, führt wohl bis auf weiteres kein Weg an aufwändigen und kostspieligen Zustellungen durch das Gericht vorbei.³⁰¹ Denn in der Regel dürfte nur eine grenzüberschreitende Zustellung gemäß den anwendbaren Zustellungsübereinkommen dem – in den meisten Rechtsordnungen verankerten – Anerkennungsvorbehalt der gehörigen Zustellung (im Europäischen Justizraum: Art. 45 Abs. 1 lit. b EuGVVO/Art. 34 Nr. 2 LugÜ) genügen.³⁰²

²⁹⁸ Dazu Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 107; zur niederländischen Regelung 2. Teil, B.II.5.g.

²⁹⁹ Für eine Beteiligung des Gerichts (in Bezug auf eine *opt-in*-Gruppenklage) auch *Haberbeck*, Jusletter v. 12.1.2015, Rz. 49.

³⁰⁰ Zur niederländischen Praxis GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 4.2.2; GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 5.7; vgl. auch 2. Teil, A.I.5 (dort Fn. 79).

³⁰¹ Vgl. zur niederländischen Praxis bereits 2. Teil, B.II.5.g.bb.

³⁰² Vgl. aber RB Amsterdam, 23.6.2010, ECLI:NL:RBAMS:BM9324; zum Ganzen auch bereits 2. Teil, B.II.7.b.bb.

V. Überwachung

1. Überwachung des Repräsentanten

In der Literatur überwiegt die Auffassung, dass Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes eine gerichtliche Überwachung des Repräsentanten erfordern.³⁰³ Die Überwachung trägt entscheidend zur Rechtfertigung der gesetzlichen Vertretungsbefugnis bei.³⁰⁴ Amtieren Vertreterorganisationen als Repräsentantinnen, gilt dies im Besonderen für *ad hoc*-Organisationen, weil für sie tendenziell weniger auf dem Spiel steht als für etablierte Verbände.³⁰⁵ Wohl sollte man die Möglichkeiten des Gerichts, den Repräsentanten zu überwachen, nicht überschätzen.³⁰⁶ Zumindest dann, wenn eine spezialisierte, mit den erforderlichen Ressourcen ausgestattete Kammer des Gerichts mit der Aufgabe betraut wird, dürfte eine wirksame Kontrolle aber durchaus möglich sein.³⁰⁷

Macht man die vorgängige gerichtliche Ernennung des Repräsentanten nicht zur zwingenden Voraussetzung des Gruppenvergleichsverfahrens³⁰⁸, sollte die Kontrolle des Repräsentanten spätestens mit der Einreichung des Antrags auf Genehmigung der Vergleichsvereinbarung einsetzen. Das Gericht müsste demnach überprüfen, ob die Vertreterorganisation die gesetzlichen Anforderungen erfüllt, und gegebenenfalls bereits eine kursorische Inhaltskontrolle³⁰⁹ vornehmen sowie den Gang des Verfahrens regeln, im Besonderen die Benachrichtigung der Geschädigten (vgl. auch Art. 107, Art. 108 VE-FIDLEG).³¹⁰ Generell ist der gerichtlichen Prozessleitung bei Gruppenverfahren besonderes Gewicht beizumessen; entsprechend großzügig sollte der Rahmen des richterlichen Ermessens gesteckt sein.³¹¹ Das Gericht sollte namentlich die Möglichkeit haben,

³⁰³ Vgl. nur *Hopt/Baetge*, S. 50; *Romy*, Litiges, S. 290 f.; *Micklitz/Stadler*, Klagearten, S. 1380 f.; *Kodek*, Möglichkeiten, S. 398 f.; *Domej*, ZJP 125 (2012), 421, 448; *Haberbeck*, Jusletter v. 12.1.2015, Rz. 68 ff.; *Oberhammer*, Gutachten ÖJT 2015, S. 133 ff., 148 f.; die Notwendigkeit der Überwachung (mit Blick auf die Verhältnisse in Österreich) in Frage stellend aber *Bydlinski*, VbR 2015, 105, 106.

³⁰⁴ Dazu bereits 3. Teil, D.IV.

³⁰⁵ Dazu bereits 3. Teil, D.II.2.a.

³⁰⁶ Vgl. zur verbreiteten Skepsis gegenüber einer wirksamen Kontrolle des Repräsentanten (bzw. der *class counsel*) *Schäfer*, S. 75; *Klement*, 21 Rev. Litig. 25, 44 ff. (2002); *Hazard*, 75 B.U. L. Rev. 1257, 1264 f. (1995); vgl. aber auch *Coffee*, 95 Colum. L. Rev. 1343, 1370 (1995).

³⁰⁷ *Domej*, ZJP 125 (2012), 421, 456; vgl. zum *case management* bei Massenschäden *Tzankova*, Unif. L. Rev. 2014, 1, 10 ff.

³⁰⁸ Vgl. dazu 3. Teil, D.III.

³⁰⁹ Zur inhaltlichen Überprüfung des Vergleichs 3. Teil, E; vgl. zur *preliminary approval* bei US-amerikanischen *class action settlements* 2. Teil, A.II.3.

³¹⁰ Dazu Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 106 ff.

³¹¹ Vgl. dazu allgemein *Micklitz/Stadler*, Klagearten, S. 1380 ff.; *Domej*, ZJP 125 (2012), 421, 454 ff.; *Oberhammer*, Gutachten ÖJT 2015, S. 148 f.; *Stadler*, FS Stürner (2013), S. 1804 ff.

von den Vertreterorganisationen präzise Auskunft über die institutionelle Struktur und personelle Zusammensetzung der Organisation, über deren Finanzierung³¹², über das Verhältnis zum anwaltlichen Vertreter und über den Verlauf der Vergleichsverhandlungen zu verlangen.³¹³ Die im Vorentwurf zum FIDLEG vorgeschlagene Geltung eines eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes (Art. 108 Abs. 4 VE-FIDLEG, vgl. auch Art. 107 Abs. 2 lit. b VE-FIDLEG) ist insofern grundsätzlich zu begrüßen.³¹⁴

Erfüllt die (selbsternannte) Vertreterorganisation die gesetzlichen Anforderungen nicht, dürfte das Gericht sie nicht als Repräsentantin anerkennen.³¹⁵ Dies sollte mit Blick auf das Kriterium der Repräsentativität im Besonderen dann der Fall sein, wenn eine Organisation von den Geschädigten mehrheitlich abgelehnt wird.³¹⁶ Das Gericht würde die (definitive) Entscheidung über die Anerkennung möglicherweise erst zu einem vergleichsweise späten Zeitpunkt im Verfahren treffen.³¹⁷ Das mag zwar unbefriedigend sein, ist meines Erachtens aber vertretbar, solange im Einzelfall ein Ermessensspielraum in Bezug auf die Konsequenzen der Nichtanerkennung besteht. Beabsichtigte eine Organisation, die Interessenvertretung alleine wahrzunehmen, hätte das Gericht den Antrag auf Genehmigung des Gruppenvergleichs wohl als Ganzes zurückzuweisen, wenn es etwa der Auffassung ist, die Organisation sei nicht genügend repräsentativ (so Art. 110 Abs. 2 lit. e VE-FIDLEG, *e contrario*; ebenso Art. 7:907 Abs. 3 lit. f BW).³¹⁸ Waren demgegenüber mehrere Organisationen an den Vergleichsverhandlungen beteiligt und wird nur einer unter ihnen die Anerkennung verweigert, wäre eine Rückweisung des Antrags gegebenenfalls unverhältnismäßig, wenn die Interessenvertretung durch die anderen, anerkannten Organisationen ausreichend gewährleistet ist.³¹⁹

³¹² Vgl. auch Kommission, Empfehlung 2013, S. 63 (Nr. 14); Voet, Funding, S. 205.

³¹³ Vgl. auch die Auskunftspflicht des *class counsel* bei US-amerikanischen *class actions* 2. Teil, A.I.2.d; zu den Anforderungen an den Repräsentanten 3. Teil, D.II.2.b.

³¹⁴ Vgl. aber 3. Teil, E.III.

³¹⁵ Zur Notwendigkeit, den Repräsentanten abberufen zu können Micklitz/Stadler, Klagearten, S. 1393 f.; Domej, ZZP 125 (2012), 421, 455; Oberhammer, Gutachten ÖJT 2015, S. 149.

³¹⁶ Vgl. § 9 Abs. 4 KapMuG, dazu 2. Teil, C.II.3.a; vgl. auch Stadler, GPR 2013, 281, 288; Kodek, Möglichkeiten, S. 428; Coffee, 100 Colum. L. Rev. 370, 406 ff. (2000).

³¹⁷ Sofern die Ernennung des Repräsentanten nicht zwingend vorgängig durch das Gericht erfolgen muss, dazu 3. Teil, D.III.

³¹⁸ Allerdings soll eventuell selbst dann die Möglichkeit bestehen, die Gruppenvergleichsvereinbarung anzupassen, vgl. Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 109.

³¹⁹ So auch die flexible niederländische Praxis, vgl. GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.4, dazu bereits 2. Teil, B.II.2.a; vgl. auch Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 109.

2. Überwachung des anwaltlichen Vertreters

Ein zentraler Unterschied zwischen dem WCAM einerseits und Rule 23(g) FRCP sowie § 9 KapMuG andererseits liegt darin, dass das WCAM keinerlei Regelung zur Ernennung und Überwachung des anwaltlichen Vertreters enthält. Weil die Interessen der Geschädigten im Gruppenvergleichsverfahren durch eine kompetente Organisation vertreten werden – so die dem WCAM zugrundeliegende Annahme –, liegt die Verantwortung für die Überwachung des anwaltlichen Vertreters grundsätzlich bei dieser Organisation (oder gegebenenfalls bei mehreren Organisationen). Wie gezeigt, überprüft der *Gerechtshof Amsterdam* aber mitunter das vereinbarte Anwaltshonorar. Er tut dies indes gestützt auf die Bestimmung, die ihn zur Überprüfung der Angemessenheit der vereinbarten Entschädigung ermächtigt.³²⁰

Auch nach dem Regelungsvorschlag im Vorentwurf zum FIDLEG würde die Überwachung des anwaltlichen Vertreters nur zurückhaltend geregelt: Vorgeschrieben wäre nur, dass das Gericht beim Entscheid über die Prozesskosten nicht an die Vereinbarungen der Parteien gebunden wäre, sie also ganz oder teilweise auch nur einer Partei auferlegen könnte (Art. 114 VE-FIDLEG). Gestützt auf diese Bestimmung soll abweichend von Art. 109 ZPO eine autonom vereinbarte Regelung über die Tragung der Prozesskosten auf ihre Angemessenheit überprüft werden können.³²¹ Ob davon auch das Honorar der anwaltlichen Vertreter des Repräsentanten erfasst wäre, ist unklar.³²² Das Gericht wäre mangels einschlägiger Regelungen jedenfalls nicht befugt, den anwaltlichen Vertreter zu bestimmen oder diesen auszuwechseln. Eine solche Kompetenz ist meines Erachtens auch nicht erforderlich, solange gewährleistet ist, dass die Vertreterorganisationen als Repräsentantinnen ihre Aufsichtsfunktion gegenüber dem anwaltlichen Vertreter effektiv wahrnehmen, ihm also nötigenfalls das Mandat entziehen. Ist eine wirksame Überwachung gesichert, besteht grundsätzlich auch kein Bedarf, den anwaltlichen Vertreter durch einen Dritten³²³ zu überwachen. Anwälte sind ja immerhin den allgemeinen Berufsregeln von Art. 12 BGFA unterworfen, die ein staatliches Eingreifen zumindest bei qualifizierten Sorgfaltswidrigkeiten ermöglichen.³²⁴ Neben der Pflicht, ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft (Art. 12 lit. a BGFA) sowie unabhängig

³²⁰ Vgl. 2. Teil, B.II.4.b.bb.

³²¹ Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 111.

³²² Dazu 3. Teil, F.IV.

³²³ Vgl. in diesem Zusammenhang den Vorschlag, zur Überwachung des anwaltlichen Vertreters wenn nötig ein Gremium aus Drittpersonen zu bestellen *Haberbeck*, Jusletter v. 12.1.2015, Rz. 72; vgl. auch die Diskussion unterschiedlicher Überwachungsmöglichkeiten bei *Rubenstein*, 53 UCLA L. Rev. 1435, 1442 ff. (2006) sowie bei *Klement*, 21 Rev. Litig. 25, 61 ff. (2002), dessen Vorschlag m.E. freilich allzu konstruiert daherkommt.

³²⁴ BGer 7.12.2009, 2C_379/2009, E. 3.2; Fellmann/Zindel-Fellmann, Vorb. Art. 12 BGFA N 2.

(Art. 12 lit. b BGFA) auszuüben, sind sie auch dazu angehalten, jegliche Interessenkonflikte zu vermeiden (Art. 12 lit. a BGFA). Es ist ihnen überdies verwehrt, ausschließlich auf Basis eines Erfolgshonorars zu arbeiten (Art. 12 lit. e BGFA).³²⁵ Dass die Aufsichtsbehörde in Zivilverfahren gestützt auf das BGFA grundsätzlich nur nachträglich Sanktionen aussprechen und nicht in laufende Verfahren eingreifen kann³²⁶, tut der Durchsetzung der Berufspflichten, auch dank der von Gerichten und Behörden zu beachtenden Meldepflicht (Art. 15 BGFA), keinen Abbruch.³²⁷

3. Überwachung des Prozessfinanzierers

Im Gegensatz zu den anwaltlichen Vertretern unterstehen Prozessfinanzierer in der Schweiz bisher keiner besonderen Regulierung, obschon sie einen bedeutenden Einfluss auf den Gang des Verfahrens haben können.³²⁸ Mag eine Regulierung der Prozessfinanzierung für gewöhnliche Zweiparteienverfahren vielleicht nicht besonders dringlich sein³²⁹, ist es meines Erachtens durchaus angezeigt, gewisse Verhaltenspflichten für Prozessfinanzierer zumindest bei Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes in Erwägung zu ziehen³³⁰ – immerhin unterscheidet sich das Interessen- und Machtgefüge bei klassischen Zweiparteienverfahren, in welchen ein Unternehmen oder eine natürliche Person das Kostenrisiko durch Beiziehung eines Prozessfinanzierers senken möchte, erheblich von demjenigen komplexer Gruppenverfahren mit einer Vielzahl von beteiligten Akteuren. Davon zeugen nicht zuletzt die dynamischen Entwicklungen nicht nur in den Niederlanden, sondern auch in anderen Staaten.³³¹

Ohnehin heikel sind Konstellationen, in welchen die anwaltlichen Vertreter personell oder finanziell an der Prozessfinanzierungsgesellschaft beteiligt sind.³³² Dazu zählen auch hybride Verhältnisse wie jene, die zuletzt vermehrt in den Niederlanden vorkommen³³³: Es ist naheliegend, dass die Beteiligung

³²⁵ Dazu näher 3. Teil, F.III.

³²⁶ BGE 132 II 250, E. 4.3 f.; Fellmann/Zindel-Fellmann, Art. 12 BGFA N 9; Fellmann/Zindel-Poledna, Art. 17 BGFA N 1.

³²⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 131 I 223, E. 4.6.3.

³²⁸ Dazu eingehend Schumacher, B., S. 166 ff.

³²⁹ Schumacher, B., S. 306, vgl. dort aber auch S. 307 ff.; vgl. überdies BGE 131 I 223, E. 4.6.6.

³³⁰ Vgl. auch Tzankova, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 587 ff. (2012); Domej, FS Sutter-Somm (2016), S. 74; Oberhammer, Gutachten ÖJT 2015, S. 155 f.; Voet, Funding, S. 222; vgl. auch Kommission, Empfehlung 2013 S. 63 (Nr. 14, 15 & 16), S. 65 (Nr. 32); dazu krit. Stadler, euvr 2014, 80, 84.

³³¹ Vgl. Voet, Funding, S. 218 ff.; Mulheron, (2015) 131 L.Q.R., 291 ff.; Oberhammer, ecolex 2011, 972 ff.; gegen eine Überwachung aber etwa Bydlinski, VbR 2015, 105, 106.

³³² BGE 131 I 223, E. 4.6.4; dazu ausführlich Schumacher, B., S. 176 ff.

³³³ Vgl. 3. Teil, D.II.2.a.

einer finanzstarken US-amerikanischen Anwaltskanzlei, die die Vertreterorganisation (mit-)finanziert und wohl maßgeblich beeinflusst, zu einer Veränderung des Mächtigkeitsgewichts führt, selbst wenn die Vertreterorganisation ihrerseits einen unabhängigen anwaltlichen Vertreter mandatiert. Wohl mögen solche Konstellationen vor allem der grenzüberschreitenden Dimension der zugrundeliegenden Rechtsstreitigkeiten geschuldet sein. Gleichwohl sollte das Gericht auch dann, wenn keinerlei eindeutige Verbindung zwischen den anwaltlichen Vertretern und dem Prozessfinanzierer besteht, zum Schutz der Interessen der Gruppe der Geschädigten neben dem vereinbarten Anwaltshonorar auch die Bedingungen der Finanzierung, im Besonderen Mitsprache- und Kündigungsrechte³³⁴, überprüfen können.³³⁵ Zumindest eine sowohl den Repräsentanten als auch den Prozessfinanzierer treffende Informationspflicht könnte das Gericht in die Lage versetzen, das aus der Finanzierung entstehende Interessen- und Machtgefüge genügend klar zu erfassen.³³⁶ Bei problematischen Vereinbarungen könnte das Gericht die Parteien auffordern, diese zugunsten der Geschädigten anzupassen (vgl. Art. 108 Abs. 5 VE-FIDLEG), notfalls aber auch die Genehmigung der Vergleichsvereinbarung verweigern.

VI. Fazit

Die Regelungen zur Repräsentation gehören zum Kern jedes Gruppenverfahrens und prägen dessen Anwendung in der Praxis maßgeblich. Während die Regelung der US-amerikanischen *class action* und das KapMuG ein Gruppenmitglied als Repräsentanten der Gruppe vorsehen (wobei bei der *class action* die beteiligten Anwälte in der Praxis die wahren Vertreter der Gruppe darstellen), können beim niederländischen WCAM nur Organisationen – konkret Stiftungen und Vereine – als Repräsentantinnen walten. Dieser Ansatz verspricht unter anderem eine Reihe von Interessenkonflikten zu begrenzen, die besonders beim US-amerikanischen Modell (in Kombination mit der Zulässigkeit des Erfolgshonorars) auftreten können. Allerdings sind auch Vertreterorganisationen interessengesteuert. Folgt man dem niederländischen Modell, wäre im Gesetz oder zumindest in den Gesetzesmaterialien eine Konkretisierung der Kriterien erforderlich, die eine Organisation erfüllen müsste, um als Repräsentantin anerkannt zu werden. Neben etablierten Verbänden sollten grundsätzlich

³³⁴ Zu den Schwierigkeiten in diesem Zusammenhang näher *Schumacher, B.*, S. 236 ff.

³³⁵ Dazu auch 3. Teil, F.IV.

³³⁶ Vgl. zur jüngst bestätigten Offenlegungspflicht in Australien: *Coffs Harbour City Council v. Australian and New Zealand Banking Group Limited (trading as ANZ Investment Bank)* [2016] FCA 306; zur fehlenden Offenlegungspflicht im englischen *Code of conduct* der Prozessfinanzierungsgesellschaften *Mulheron*, (2015) 131 L.Q.R., 291, 312 ff.; zur Offenlegungspflicht auch Kommission, Empfehlung 2013, S. 63 (Nr. 14); krit. zu den darüber hinausgehenden strengen Vorgaben der Empfehlung der Kommission *Stadler*, euvr 2014, 80, 84; vgl. zum Ganzen auch *Tzankova*, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 587 ff. (2012); *Schumacher, B.*, S. 80 f., 206 f.

auch *ad hoc*-Organisationen anerkannt werden können, weil die Bereitschaft etablierter Organisationen zur Interessenvertretung nicht in jedem Fall garantiert ist. Die Wahl des Repräsentanten erfordert nicht zwingend eine gerichtliche Beteiligung bereits im Vorfeld eines Gruppenvergleichsverfahrens, wohl aber eine förmliche Ernennung bzw. Anerkennung spätestens in der Genehmigung des Gruppenvergleichs. Weil die Begründung der Vertretungsmacht der Organisationen gestützt auf das Stellvertretungsrecht (und das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag) scheitert, wäre die Vertretungsbefugnis dogmatisch wohl als Form der gesetzlichen Prozessstandschaft einzuordnen. Aufgrund der Struktur des Verfahrens hätten die Vertreterorganisationen sowohl vor als auch nach Einreichung des Antrags auf Verbindlicherklärung des Gruppenvergleichs besondere Sorgfaltspflichten gegenüber den Geschädigten. Erforderlich wären weitgehende gerichtliche Überprüfungs- und Eingriffsbefugnisse, die sich indes nicht nur auf den Repräsentanten beschränken, sondern auch Dritte, die das Verfahren finanzieren, erfassen sollten.

E. Angemessenheit des Vergleichs

I. Notwendigkeit der Überprüfung des Gruppenvergleichs

Neben der Überwachung des Repräsentanten, der anwaltlichen Vertreter und, soweit ein solcher beteiligt ist, des Prozessfinanzierers, erfordert ein Gruppenvergleichsverfahren zwingend die Überprüfung der Angemessenheit der vorgeschlagenen Vergleichsvereinbarung. Anders als beim Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs in einem Zweiparteienverfahren³³⁷ kann das Gericht einen Gruppenvergleich nicht einfach mit dem Hinweis auf die Privatautonomie der Parteien protokollieren und titulieren, weil die Gruppenmitglieder nicht selbst an den Vergleichsverhandlungen beteiligt waren.³³⁸ Die Verbindlichkeit des Gruppenvergleichs gegenüber den Geschädigten lässt sich jedenfalls bei *opt-out*-Verfahren nur gestützt auf die Kombination von adäquater Interessenvertretung, individuellem Stellungnahme- und Austrittsrecht und gerichtlicher Angemessenheitsprüfung rechtfertigen.³³⁹

Die Überprüfung eines Gruppenvergleichs wird selbst in Rechtsordnungen, in welchen Gruppen(-klage-)verfahren seit geraumer Zeit etabliert sind, als besondere Herausforderung für die Gerichte bezeichnet.³⁴⁰ Erörterungsbedürftig

³³⁷ Vgl. 1. Teil, A.I.1.b.

³³⁸ Vgl. *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 785 (3rd Cir. 1995); Newberg-Rubenstein, § 13:1; Oberhammer, Gutachten ÖJT 2015, S. 147 f.

³³⁹ Vgl. auch die Nw. in 2. Teil, A.II.7 und B.II.5.i.aa.

³⁴⁰ *Kidd v. Canada Life Assurance Co.*, 2013 ONSC 1868, Rz. 118, 121 f.; AMCL 4th, N 21.61; vgl. auch Kalajdzic, S. 145; Stadler, FS Stürmer (2013), S. 1813.

sind nicht nur die Kriterien, an welchen sich das Gericht bei der Überprüfung der Vergleichsvereinbarung orientieren sollte, sondern auch die für eine Überprüfung erforderlichen Befugnisse sowie faktische Hürden, die dabei zu bewältigen sind.

II. Überprüfungskriterien

Ein hilfreiches Instrument bei der Überprüfung der Vergleichsvereinbarung sind Kriterienkataloge, wie sie insbesondere in der US-amerikanischen Kasuistik entwickelt wurden.³⁴¹ Ob, wie in den 2015 in Großbritannien erlassenen *Competition Appeal Tribunal Rules* (CAT Rules 94(8)-(9))³⁴² und ansatzweise auch in Art. 7:907 Abs. 3 BW des WCAM, im Gesetz selbst spezifische Kriterien aufgelistet werden oder eine generalklauselartige Formulierung wie in Rule 23 FRCP oder § 18 KapMuG mit entsprechender Präzisierung in den Materialien und der Rechtsprechung gewählt wird, dürfte von untergeordneter Bedeutung sein.³⁴³ Das schweizerische Recht begnügt sich jedenfalls auch an anderer, zumindest im Ansatz vergleichbarer Stelle mit dem Begriff der Angemessenheit bzw. dem „richtigen Verhältnis“ (vgl. Art. 306 Abs. 1 SchKG, Art. 105 Abs. 1 FusG). Freilich sollte sichergestellt sein, dass die Kriterien einheitlich angewendet werden.³⁴⁴ Die Konzentration der sachlichen Zuständigkeit bei oberen kantonalen Gerichten (vgl. Art. 105 Abs. 2 VE-FIDLEG³⁴⁵) wäre einer konsistenten Überprüfungspraxis wohl förderlich und insofern zu begrüßen.

Im Schrifttum wird zu Recht gefordert, dass Gerichte nicht mechanisch den einen oder anderen Kriterienkatalog „abarbeiten“, sondern in jedem Einzelfall aufs Neue entscheiden sollten, welchen Kriterien welches Gewicht beigemessen wird, und ob weitere, nicht im Katalog enthaltene Aspekte für oder gegen die Genehmigung des Gruppenvergleichs sprechen.³⁴⁶ Der nachfolgend diskutierte Katalog von Kriterien beschränkt sich dementsprechend auf einige wichtige Probleme, ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben.

³⁴¹ Vgl. 2. Teil, A.II.6.a; eingehend zu den Stärken und Schwächen solcher Listen *Piché*, S. 251 ff.

³⁴² Dazu *Mulheron*, (2016) 35(1) C.J.Q., 14, 17 f.

³⁴³ Krit. zum nicht näher definierten Kriterium der Angemessenheit: Stellungnahme SAV zum VE-FIDLEG, S. 9; für eine detaillierte gesetzliche Regelung wohl auch *Mulheron*, (2016) 35(1) C.J.Q., 14, 18.

³⁴⁴ Krit. zur uneinheitlichen Anwendung der Kriterien in den Ländern des *common law* *Piché*, S. 208 f.; *Mulheron*, Class Action, S. 397 f.

³⁴⁵ Dazu Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 105, 115; krit. zum Umstand, dass Fragen der interkantonalen und internationalen örtlichen Zuständigkeit im Vorentwurf zum FIDLEG nicht thematisiert wurden: Stellungnahme SAV zum VE-FIDLEG, S. 8 f.; *Wyss*, Jusletter v. 16.2.2015, Rz. 135.

³⁴⁶ Vgl. *Piché*, S. 210, 251 ff.

1. Gegenüberstellung von Vergleichsangebot und mutmaßlichem Leistungsurteil

Das vielleicht schwierigste Problem bei der Überprüfung eines Gruppenvergleichs liegt in der Notwendigkeit, die im Vergleichsvorschlag vereinbarte Entschädigungssumme mit dem mutmaßlichen Leistungsurteil eines streitigen Verfahrens über sämtliche Ansprüche zu vergleichen. Gegenüber der teilweise praktizierten *net expected value*-Methode³⁴⁷ ist meines Erachtens viel Skepsis angebracht, da sie einen mathematischen Lösungsweg suggeriert, im Grunde aber genauso auf nicht verifizierbaren Schätzungen beruht, wie dies bei Annahmen ohne Anwendung dieser Methode der Fall ist. Das Gericht sollte eine kursorische Prüfung typischer originärer Ansprüche vornehmen, ohne deren Begründetheit umfassend zu klären. Das ist selbstredend eine Gratwanderung, die die Gerichte aber immerhin, wenn auch in wesentlich weniger tiefgehender Form, bereits in Zweiparteienverfahren bei Vergleichsgesprächen meistern, wenn sie den Parteien ihre provisorische Einschätzung des Prozessrisikos erläutern.³⁴⁸ Besonders aufwändig wird die Bewertung, wenn ausländisches Recht auf die originären Ansprüche anwendbar ist.³⁴⁹

Abgesehen davon wird die Prüfung im Einzelfall maßgeblich davon geprägt sein, wie viele Informationen dem Gericht zur Verfügung stehen und wie sich der Rechtsstreit bis zum Zeitpunkt des Genehmigungsverfahrens entwickelt hat, insbesondere, ob im Vorfeld bereits (Muster-)Entscheidungen ergangen sind.³⁵⁰ Wie beim Zweiparteienvergleich gilt grundsätzlich auch beim Gruppenvergleich: Je fortgeschrittener der Stand des Verfahrens bzw. der Rechtsstreit ist, desto weniger wird der Gruppenvergleich von derjenigen Lösung abweichen, zu der eine umfassende und abschließende gerichtliche Aufklärung und Rechtsfindung geführt hätte.³⁵¹ Meines Erachtens zu Recht hat zum Beispiel der *Gerechtshof Amsterdam* von den Parteien im *DSB*-Verfahren erwartet, dass sie eine (möglicherweise erst) nach Vertragsschluss, aber vor Antrags-einreichung ergangene höchstgerichtliche Entscheidung hätten berücksichtigen sollen.³⁵² Anderenfalls hätte sich das Gericht dem Vorwurf ausgesetzt, einen Gruppenvergleich zu genehmigen, der – selbst unter Berücksichtigung der

³⁴⁷ Dazu 2. Teil, A.II.6.a.aa.

³⁴⁸ Vgl. 1. Teil, A.II.

³⁴⁹ Dazu 2. Teil, B.II.4.b.bb.

³⁵⁰ Vgl. dazu 3. Teil, B.III.

³⁵¹ Zum Zweiparteienvergleich *Stürner*, Rechtsschutzqualität, S. 149 f.; *ders.*, FS Walder (1994), S. 281 f.; in diese Richtung auch *Vogel*, recht 1987, 99, 100. Freilich dürfte das Verhandlungsergebnis zumindest bei finanzmarktrechtlichen Massenschäden u.a. auch stark von (rein) ökonomischen Aspekten beeinflusst sein, dazu eingehend *Alexander*, 43 Stan. L. Rev. 497 ff. (1991); zur Diskussion, die dieser Beitrag ausgelöst hat *Baker/Griffith*, 157 U. Pa. L. Rev. 755, 757 (2009), m.w.N.

³⁵² GH Amsterdam, 13.5.2014 (*DSB-II*), Ziff. 7.4.1 ff.; dazu bereits 2. Teil, B.II.4.b.bb.

Risiken streitiger Verfahren – eindeutig ungünstiger gewesen wäre als das aktuell geltende materielle Recht. Dies hätte zum Austritt zahlreicher Gruppenmitglieder führen können.³⁵³

2. Umfang der Beweisermittlung bzw. des Informationsstands

Je mehr Informationen die Parteien bereits im Vorfeld des Gruppenvergleichsverfahrens zur Verfügung hatten, desto eher ist von einer angemessenen Vergleichsvereinbarung auszugehen, weil die Chancen und Risiken eines beziehungsweise zahlreicher streitiger Zivilverfahren eher eingeschätzt werden konnten. Wie gezeigt, sind in der Schweiz unterschiedliche Formen der vorprozessualen Sachverhalts- und Beweisermittlung möglich, wenn auch nicht in demselben Umfang wie bei der *discovery*.³⁵⁴ Am meisten Erkenntnisse dürften offenkundig dann vorhanden sein, wenn bereits individuelle (Muster-)Verfahren in Angriff genommen oder schon zum Abschluss gebracht wurden.³⁵⁵

3. Komplexität und Kosten eines oder mehrerer streitiger Verfahren

Primäres Ziel eines Gruppenvergleichsverfahrens ist die möglichst rasche und effiziente Bewältigung eines Massenschadens. Die potentiellen Kosten der Bereinigung aller Ansprüche in streitigen Zivilverfahren sagen zwar nicht unmittelbar, aber doch mittelbar etwas über die Angemessenheit der Vergleichsvereinbarung aus, weil diese potentiellen Kosten (wie im Übrigen auch die realen Kosten³⁵⁶) im Verhandlungsergebnis eingepreist sein dürften. Die vereinbarte Entschädigung ist insofern nicht nur dem mutmaßlichen Ergebnis eines Leistungsurteils gegenüberzustellen, sondern auch den mutmaßlichen Kosten, die in streitigen Verfahren im Zweifelsfall über alle Instanzen anfallen würden.

4. Reaktion der Gruppe

Inhalt und Anzahl kritischer Stellungnahmen zum Gruppenvergleich sind für das Gericht eine besonders wichtige, weil von den Antragstellern unabhängige Informationsquelle für die Überprüfung der Angemessenheit des Gruppenvergleichs.³⁵⁷ Die Erfahrungen in den USA wie auch in den Niederlanden zeigen allerdings auch, dass oft nur eine geringe Anzahl von Geschädigten tatsächlich Stellung nimmt. Dies stellt die Gerichte vor die Herausforderung, die wenigen eingereichten Stellungnahmen weder über- noch unterzubewerten.³⁵⁸ Aber

³⁵³ Vgl. auch *Tzankova*, JOR 2015/10.

³⁵⁴ Vgl. dazu 3. Teil, B.III.1.

³⁵⁵ Dazu bereits 3. Teil, E.II.1.

³⁵⁶ Dazu 3. Teil, F.II.

³⁵⁷ Anschaulich etwa *Kidd v. Canada Life Assurance Co.*, 2013 ONSC 1868, Rz. 20 f., 101 ff.; dazu bereits 2. Teil, A.II.6.a.dd und B.II.4.b.bb sowie C.II.5.d.bb.

³⁵⁸ Vgl. *Smith Estate v. National Money Mart Co.*, 2010 ONSC 1334, Rz. 71 f., 92 ff.

auch eine vergleichsweise hohe Anzahl kritischer Stellungnahmen muss nicht zwingend zum Schluss führen, die Vergleichsvereinbarung sei unangemessen.³⁵⁹ Wie gezeigt, könnten Dritte zur Verfolgung eigener finanzieller Interessen *opt-out*-Kampagnen organisieren.³⁶⁰

5. Einschätzung von Experten

Je nach Art des Massenschadens kann es angezeigt sein, bestimmte Fragestellungen, die im Zusammenhang mit der Überprüfung der Angemessenheit des Gruppenvergleichs auftreten, von Experten begutachten zu lassen. Zu denken ist etwa an Berechnungen, die (finanz-)technisches Fachwissen erfordern, oder an medizinische Fragestellungen. Dabei könnte grundsätzlich auf die Bestimmungen in Art. 183 ff. ZPO zurückgegriffen werden (vgl. auch Art. 108 Abs. 6 VE-FIDLEG). Die Angemessenheit des Gruppenvergleichs ist dabei Rechtsfrage, sie könnte als solche mithin nicht Gegenstand eines Gutachtens i.S.v. Art. 183 ZPO bilden.³⁶¹ Weisen die dem Gutachter unterbreiteten Fragen rechtliche Bezüge auf, dürfte das Gericht nicht (ausschließlich) auf die Expertenaussage abstellen, sondern hätte eine eigene rechtliche Würdigung vorzunehmen.³⁶² Von den Antragstellern oder den Geschädigten eingebrachte Gutachten wären als Partei- bzw. Privatgutachten zu behandeln, würden also bloß die Qualität von Parteibehauptungen besitzen.³⁶³

6. Missbrauchs- und Übervorteilungskontrolle

Als generalklauselartiges Kriterium sollte zum Schutz der Geschädigten, aber auch des Schädigers überprüft werden, ob Anzeichen für kollusives Verhalten oder missbräuchlich erzwungene Vergleiche vorliegen.³⁶⁴ Auch wenn die meisten Beispiele missbräuchlicher Sammelklagen auf die Besonderheiten des US-amerikanischen Rechtssystems zurückzuführen sind³⁶⁵ und im Gegensatz dazu die niederländische Praxis bisher von eindeutig problematischen Gruppenverfahren verschont geblieben ist³⁶⁶, wird auch ein schweizerisches Gruppenvergleichsverfahren nicht völlig frei sein von Anreizwirkungen für kollusi-

³⁵⁹ Dazu etwa *Reed v. General Motors Corp.*, 703 F.2d 170, 174 f. (5th Cir. 1983).

³⁶⁰ Vgl. 2. Teil, A.II.4 sowie B.II.5.c.aa.

³⁶¹ BGer, 23.12.2008, 5A_341/2008, E. 4.4; BGE 130 I 337, E. 5.4.1; BGE 113 II 429, E. 3a; BGE 111 II 72, E. 3d.

³⁶² BGE 130 I 337, E. 5.4.1; BGer, 8.9.2009, 4A_159/2009, E. 2.2; zum Ganzen BK ZPO-*Rüetschi*, Art. 183 N 9 ff.

³⁶³ BGE 141 III 433, E. 2.6; BGE 132 III 83, E. 3.4; BGE 95 II 364, E. 2; vgl. zur Praxis in den Niederlanden etwa GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), Ziff. 6.16.

³⁶⁴ Dazu bereits 2. Teil, A.II.6.a.ee.

³⁶⁵ Vgl. 2. Teil, A.I.1, A.II.6.c sowie A.III.

³⁶⁶ Vgl. 2. Teil, B.III.

ves, übervorteilendes oder anderweitig missbräuchliches Verhalten. Erforderlich ist deswegen eine gerichtliche Untersuchung der Vergleichsvereinbarung auf problematische Absprachen und Klauseln ebenso wie auf Anzeichen für erzwungene Leistungsversprechungen.³⁶⁷ Dabei sollte auch der Verlauf der Vergleichsverhandlungen berücksichtigt werden.³⁶⁸ Zur Konkretisierung der Missbrauchs- und Übervorteilungskontrolle kann durchaus auch auf die aus der US-amerikanischen Praxis bekannten Warnzeichen³⁶⁹ zurückgegriffen werden, wenngleich etwa das Problem der *reverse auction* untrennbar mit dem System des Erfolgshonorars verbunden ist und insofern in der Schweiz nicht dieselbe Relevanz haben dürfte. Wahrscheinlicher dürften Vereinbarungen sein, die gewisse Gruppenmitglieder ohne ausreichende Gründe gegenüber anderen Gruppenmitgliedern benachteiligen.³⁷⁰ Diesbezüglich könnte wohl sinngemäß auf die zum Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.³⁷¹

7. Angemessenheit der Honorare und Erfolgsbeteiligungen

Schließlich sind das Honorar der Repräsentanten, der anwaltlichen Vertreter sowie etwaige Prozessfinanzierungsvereinbarungen auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen; darauf ist zurückzukommen.³⁷²

III. Privatautonomie und richterliche Kontrolle im Gruppenvergleich

Die gerichtliche Überprüfung und Genehmigung eines Gruppenvergleichs steht in einem eigenartigen Spannungsverhältnis zwischen privatautonomem Handeln der involvierten Akteure und der Ausübung richterlicher Kontrollbefugnisse. Prinzipiell gründet ein Gruppenvergleich, wenn auch keineswegs ausschließlich, auf der Privatautonomie der an den Vergleichsvertrag gebundenen Parteien.³⁷³ Denn zumindest unter den skizzierten Voraussetzungen sollte die überwiegende Mehrheit der Geschädigten effektiv die Möglichkeit

³⁶⁷ Domej, ZJP 125 (2012), 421, 449 f., 455 f.; Oberhammer, Gutachten ÖJT 2015, S. 147 f.

³⁶⁸ Dazu Piché, S. 261 f., 278; zur Rspr. in den USA *Hanlon v. Chrysler Corporation*, 150 F.3d 1011, 1027 (9th Cir. 1998); *Weinberger v. Kendrick*, 698 F.2d 61, 73 f. (2nd Cir. 1982).

³⁶⁹ AMCL 4th, N 21.61; dazu auch 2. Teil, A.II.6.a.ee.

³⁷⁰ Vgl. *In re General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F.3d 768, 808 (3rd Cir. 1995); Newberg-Rubenstein, § 13:59, m.w.N.

³⁷¹ Vgl. BGE 127 I 185, E. 5; dazu eingehend SG Komm BV-Schweizer, Art. 8 N 18 ff., 42 ff.

³⁷² Vgl. 3. Teil, F.

³⁷³ Vgl. zum Zweiparteienvergleich 1. Teil, A.I und A.III.

haben, sich aus freiem Willen für oder gegen die im Gruppenvergleich vorgesehene Neuregelung ihrer Rechtsverhältnisse zu entscheiden.³⁷⁴ Die Gruppenmitglieder würden bei den Vergleichsverhandlungen durch den Repräsentanten vertreten, wären aber so zu behandeln, wie wenn sie die Vergleichsvereinbarung jeweils für sich selbst ausgehandelt hätten. Zwangsweise beteiligt würden nur, aber immerhin diejenigen Geschädigten, welchen der Nachweis der gescheiterten Benachrichtigung nicht gelingt. Sie könnten sich der Bindungswirkung des Gruppenvergleichs nicht durch ein nachträgliches *opt-out* entziehen. Auch weil dieses Risiko niemals gänzlich vermeidbar wäre, sollte die Gruppenvergleichsvereinbarung nur gestützt auf ihre richterliche Überprüfung und Genehmigung (und aufgrund der gerichtlichen Überwachung des Repräsentanten und weiterer Akteure)³⁷⁵ die Wirkungen eines gerichtlichen Vergleichs erlangen können.³⁷⁶ Ohne diese Sicherungsmechanismen könnte eine Bindungswirkung gegenüber den Betroffenen nicht legitimiert werden.³⁷⁷

Die Notwendigkeit eines solchen richterlichen Genehmigungsentscheids wirft zwangsläufig die Frage auf, wie weit eine gerichtliche Inhaltskontrolle in die von den Antragstellern ausgehandelte Vereinbarung eingreifen dürfte.³⁷⁸ Die diesbezüglich bis heute andauernden Diskussionen in den Niederlanden³⁷⁹ zeigen, dass der Gesetzgeber so klar wie möglich zum Ausdruck bringen sollte, in welchem Ausmaß das Gericht eine Vergleichsvereinbarung überprüfen soll. Angesichts der eminenten Schutzfunktion, die das Gericht mit Blick auf die in der Regel am Verfahren unbeteiligten Gruppenmitglieder übernimmt, sind meines Erachtens weitreichende gerichtliche Eingriffsmöglichkeiten erforderlich, was notwendig mit einer Einschränkung der Gestaltungsfreiheit der Antragsteller einhergeht. Die Gruppenmitglieder können sich ja nur dann wirklich frei für oder gegen ein Vergleichsangebot entscheiden, wenn sie eine vielleicht nicht gänzlich zweifelsfreie, so doch einigermaßen fundierte Gewissheit haben, dass dieses Angebot eine faire, ernstzunehmende Alternative zur individuellen Rechtsverfolgung darstellt. Der Schutz der Privatautonomie der Geschädigten erfordert mithin eine Einschränkung der Gestaltungsfreiheit des Repräsentanten und des Schädigers.

Der Umfang richterlicher Befugnisse im Gruppenvergleichsverfahren ist zum einen mit Blick auf die Stoffsammlung zu konkretisieren: Auch wenn das Gericht keine materielle Anspruchsprüfung vornimmt, benötigt es ausreichend

³⁷⁴ Vgl. 3. Teil, C.II.1.e.

³⁷⁵ Dazu bereits 3. Teil, D.V.

³⁷⁶ Vgl. 3. Teil, E.I. Zur ambivalenten Rechtsnatur des Gruppenvergleichs bereits 3. Teil, B.II.2 sowie 2. Teil, A.II.7.

³⁷⁷ Vgl. zur in den Niederlanden geführten Diskussion, inwiefern das Gericht in diesem Zusammenhang eine gesetzgeberische Funktion wahrnimmt, Advies NVvR (2002), S. 2 f.; MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3, S. 8; *Mom*, S. 364 f.

³⁷⁸ Vgl. *Hopt/Kulms/von Hein*, S. 57.

³⁷⁹ Vgl. 2. Teil, B.II.4.c.

Indizien, um die Vergleichsvereinbarung auf ihre Angemessenheit hin überprüfen zu können. Weil aber die Antragsteller ein übereinstimmendes Interesse an der Genehmigung der Vergleichsvereinbarung haben, wäre es nicht empfehlenswert, sich ausschließlich auf die von ihnen eingebrachten Akten zu stützen.³⁸⁰ Die Absenz kontradiktorischer Dynamik bei der Sachverhaltsaufklärung und die Schutzfunktion des Gerichts insbesondere gegenüber den unteiligten Gruppenmitgliedern sprechen demnach dafür, dem Gericht eigenmächtige Nachforschungen zu ermöglichen.³⁸¹ Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob die im Vorentwurf zum FIDLEG vorgeschlagene Geltung eines eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes (Art. 108 Abs. 4 VE-FIDLEG) ausreichen würde.³⁸² Das Gericht wäre zwar nicht an die Beweisanträge der Antragsteller gebunden, könnte sich aber mit einer verstärkt ausgeübten Fragetätigkeit (Art. 56 ZPO) begnügen.³⁸³ Die Geltung des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes erscheint insofern für Gruppenvergleichsverfahren vorzugswürdig, weil das Gericht eindeutig verpflichtet und ermächtigt wäre, alle Möglichkeiten der Sachverhaltsabklärung auszuschöpfen, die zur Überprüfung der Angemessenheit der Vergleichsvereinbarung erforderlich sind.³⁸⁴

Zum anderen stellt sich die Frage, ob das Gericht eigenmächtig in die Vergleichsvereinbarung eingreifen und darin Änderungen vornehmen dürfte. Aufgrund der vertraglichen Natur der Vereinbarung müsste ein solches Eingriffsrecht außer Betracht fallen³⁸⁵ – allerdings sollte das Gericht dazu befugt sein, Änderungsvorschläge zu machen und den Parteien zu signalisieren, dass es die Vereinbarung nur unter gewissen Bedingungen genehmigen wird (vgl. auch Art. 108 Abs. 5 VE-FIDLEG). Faktisch könnte das Gericht demnach den Inhalt der Vergleichsvereinbarung sehr wohl beeinflussen³⁸⁶, was meines Erachtens angesichts seiner Schutzfunktion auch gerechtfertigt wäre. Dem Schädiger könnte diese Einschränkung seiner Privatautonomie durchaus zugemutet werden, würde ihm doch das Gruppenvergleichsverfahren ermöglichen, eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten effizient und weitgehend planbar zu bereinigen.

³⁸⁰ Vgl. auch *Redish*, S. 211 ff.; *Rubenstein*, 53 UCLA L. Rev. 1435, 1470 (2006); *Issacharoff*, 30 U.C. Davis L. Rev. 805, 808 (1997).

³⁸¹ *Stadler*, FS Stürner (2013), S. 1816; *Piché*, S. 134 ff., 162 ff.

³⁸² Vgl. dazu Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 107; zur Geltung des Verhandlungsgrundsatzes im KapMuG 2. Teil, C.II.5.d; *Keller/Wigand*, ZBB 2011, 373, 384; KK-KapMuG/*Vollkommer*, § 11 N 42; vgl. auch *Schilken*, Zweck, S. 51, der allerdings nicht näher auf den Gruppenvergleich eingeht.

³⁸³ Vgl. BK ZPO-*Hurni*, Art. 55 N 61 ff.; KUKO ZPO-*Oberhammer*, Art. 55 N 17.

³⁸⁴ Zum uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatz BK ZPO-*Hurni*, Art. 55 N 74.

³⁸⁵ So auch die Rechtslage in den USA, in den Niederlanden und in Deutschland, vgl. 2. Teil, A.II.3 und B.II.2.b.aa sowie C.II.5.d.bb.

³⁸⁶ Vgl. auch Newberg-*Rubenstein*, § 13:46; vgl. zur Frage der Beteiligung des Gerichts bereits an den Vergleichsverhandlungen *Piché*, S. 172 f., 278.

IV. Faktische Grenzen der gerichtlichen Überprüfung

Bereits mehrfach angesprochen wurde schließlich das Problem, dass dem Gericht bei der Angemessenheitsprüfung nicht nur rechtliche, sondern auch faktische Schranken gesetzt sind.³⁸⁷ Selbst bei Geltung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime könnte es für das Gericht schwierig sein, aufgrund der verfügbaren Informationen über die Angemessenheit des Vergleichsvorschlags zu befinden.

Abgesehen von gerichtlichen Untersuchungsrechten³⁸⁸ sind Lösungsansätze für das Problem der Informationsbeschaffung primär bei den unmittelbar Betroffenen des Gruppenvergleichsverfahrens zu suchen.³⁸⁹ Wie gezeigt, sind Stellungnahmen der Gruppenmitglieder – selbst wenn sie bisweilen Partikularinteressen betreffen – eine wichtige Informationsquelle für das Gericht.³⁹⁰ Dementsprechend sollte sichergestellt sein, dass die Gruppenmitglieder bereits in der Benachrichtigung nicht nur auf die Möglichkeit zur Stellungnahme, sondern auch auf deren praktische Bedeutung hingewiesen werden. Das Gericht sollte deshalb dazu befugt sein, den Antragstellern konkrete Anweisungen zum Inhalt der Benachrichtigung zu geben (vgl. auch Art. 108 Abs. 2 VE-FIDLEG). Bereits an anderer Stelle vorgeschlagen wurde zudem, den Geschädigten in engen Grenzen ein Recht auf Beweisantrag einzuräumen.³⁹¹ Selbst wenn solchen Editions- oder Auskunftsbeghären vonseiten der Antragsteller nicht entsprochen würde, könnte gegebenenfalls bereits der Umstand dieser Verweigerung Rückschlüsse auf die Angemessenheit der Vergleichsvereinbarung ermöglichen.

Erwägenswert wäre schließlich eine über die Möglichkeit zur förmlichen Stellungnahme hinausgehende, wenn auch subsidiäre Form der gerichtlichen Konsultation, die sowohl unmittelbar als auch mittelbar Betroffene einbeziehen sollte.³⁹²

³⁸⁷ Vgl. *Redish*, S. 211 ff.; *Piché*, S. 85; *Hensler et al.*, S. 493 ff.; 2. Teil, A.II.5, B.II.4.c sowie C.II.5.d.bb.

³⁸⁸ Vgl. auch *Stadler*, FS Stürner (2013), S. 1816.

³⁸⁹ Weitere Vorschläge im Schrifttum wie etwa derjenige, einen *advocatus diaboli* beizuziehen (vgl. *Rubenstein*, 53 UCLA L. Rev. 1435, 1453 ff. [2006]), dessen Aufgabe es wäre, aufzuzeigen, weshalb die Vergleichsvereinbarung unangemessen ist, sind zweifellos kreativ, würden aber wohl zu einem (schwer einschätzbaren) Regelungs- und Kostenaufwand führen (ähnlich *Piché*, S. 239) – eine solche Institution ist dem schweizerischen Recht völlig unbekannt. Gleiches gilt auch für den Beizug eines Generalanwalts, der das Gericht bei der Angemessenheitsprüfung unterstützen würde.

³⁹⁰ Vgl. *Hensler et al.*, S. 494; vgl. auch *Reynolds v. Beneficial National Bank*, 288 F.3d 277, 282 f. (7th Cir. 2002); vgl. auch 3. Teil, C.II.2.c.

³⁹¹ Vgl. 3. Teil, C.II.2.d.

³⁹² Dazu etwa *Los*, S. 26 f.; *Hensler et al.*, S. 496 f.; vgl. zur Informationspflicht und zum Recht auf Stellungnahme von Behörden in den USA auch 2. Teil, A.II.5.

V. Fazit

Jedes gerichtliche Gruppenvergleichsverfahren macht die Überprüfung der Angemessenheit der Vergleichsvereinbarung zur zwingenden Voraussetzung ihrer Verbindlichkeit gegenüber der Gruppe der Geschädigten. In Verbindung mit der Kontrolle des Repräsentanten und weiterer Akteure legitimiert die Inhaltskontrolle die Bindungswirkung des genehmigten Gruppenvergleichs gegenüber dem Schädiger und den Geschädigten. Die Konkretisierung des Begriffs der Angemessenheit ist anspruchsvoll, weil sich nur begrenzt allgemeingültige Kriterien festlegen lassen, die für oder gegen die Angemessenheit einer Vergleichsvereinbarung sprechen. Gleichwohl sind die insbesondere in der US-amerikanischen Rechtsprechung entwickelten Kriterienkataloge durchaus hilfreich bei der Überprüfung von Gruppenvergleichsvereinbarungen, da sie immerhin gewisse Orientierungspunkte liefern können. Solange sie nicht mechanisch angewendet werden und das Gericht auch weitere Aspekte in Erwägung zieht, die von Belang sind, haben die Kriterien als Hilfsmittel ihre Berechtigung. Abgesehen davon zeigen die Erfahrungen im Ausland, dass in Gruppenvergleichsverfahren ein besonderes Spannungsverhältnis zwischen Privatautonomie und richterlicher Kontrollbefugnis besteht. Der Gesetzgeber sollte mithin möglichst klar zum Ausdruck bringen, welche Befugnisse dem Gericht zustehen sollen. Die Schutzfunktion des Gerichts gegenüber den jedenfalls bei *opt-out*-Verfahren oft unbeteiligten Geschädigten erfordert nach hier vertretener Auffassung weitreichende richterliche Befugnisse, namentlich die Geltung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime und das Recht, den Antragstellern Änderungsvorschläge zu unterbreiten. Selbst wenn dem Gericht verschiedene Untersuchungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, dürfte es mit Blick auf die Überprüfung der Angemessenheit der Vergleichsvereinbarung oft auf die Mitwirkung von Geschädigten oder auch Dritten angewiesen sein. Es empfiehlt sich deshalb, gezielt Anreize zu setzen, die die Geschädigten zur kritischen Beteiligung am Verfahren animieren.

F. Kosten

I. Bedeutung und Modelle der Kostentragung

Die Funktionsfähigkeit von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes hängt maßgeblich davon ab, wie die Kostentragung geregelt ist und wie die Finanzierung dieser Verfahren in der Praxis vonstattengeht.³⁹³ So lässt etwa ein Blick auf die Rechtsordnungen Europas deutliche, teilweise unmittelbar auf die Kostenregelungen zurückzuführende Unterschiede bei der praktischen Relevanz

³⁹³ Voet, Funding, S. 203; Domej, FS Sutter-Somm (2016), S. 64; Oberhammer, Gutachten ÖJT 2015, S. 149 ff.; Stadler, euvr 2014, 80, 84; Keske/Renda/van den Bergh, S. 57 ff.

dieser Verfahren erkennen.³⁹⁴ Die im zweiten Teil dargestellten Gruppenverfahren zeigen aber auch, dass durchaus unterschiedliche und zum Teil hybride Formen der Kostentragung funktionieren: Während das US-amerikanische Sammelklageverfahren fast vollständig auf dem Prinzip der Erfolgsbeteiligung basiert³⁹⁵, überlässt das niederländische WCAM-Verfahren die Regelung der Kostentragung im Wesentlichen den Antragstellern, nimmt aber die Geschädigten zumindest mit Blick auf die Gerichtskosten ausdrücklich vom Kostenrisiko aus.³⁹⁶ WCAM-Verfahren wurden mitunter mit Beiträgen der Geschädigten vorfinanziert; im Ergebnis erklärten sich indes die Schädiger – jedenfalls offiziell³⁹⁷ – bereit, sämtliche Kosten des Verfahrens zu tragen.³⁹⁸ Eine zunehmend wichtige Rolle spielt in den Niederlanden überdies die Prozessfinanzierung durch Dritte. Aufgrund der Verfahrensstruktur grundlegend anders verhält es sich demgegenüber beim deutschen KapMuG-Verfahren: Dort trägt jeder Kläger zunächst das volle Kostenrisiko seines Individualverfahrens und einen Teil des Kostenrisikos des Musterverfahrens. Einigen sich die Parteien auf einen Gruppenvergleich, können sie von dieser Kostenregelung indes abweichen. Freilich wird das Kostenrisiko bisweilen auch von Prozessfinanzierern übernommen.³⁹⁹

II. Finanzierungsszenarien nach geltendem Recht

Nimmt man das im Vorentwurf zum FIDLEG vorgeschlagene reine Gruppenvergleichsverfahren als Ausgangspunkt, wären die Bedingungen der Kostentragung und Finanzierung in der Schweiz unter geltendem Recht denjenigen in den Niederlanden relativ ähnlich: Solange Anwälten die Vereinbarung eines reinen⁴⁰⁰ Erfolgshonorars verboten ist, käme auf Seite der Gruppe respektive ihres Repräsentanten vor allem eine Finanzierung durch Beiträge der Geschädigten, durch eine Prozessfinanzierungsgesellschaft oder in Einzelfällen selbst durch den Schädiger in Betracht.⁴⁰¹

³⁹⁴ Vgl. nur zum bislang unwirksamen Gruppenverfahren in Finnland *Kiurunen*, S. 226, 228; zu den Problemen bei den Gewinnabschöpfungsklagen in Deutschland *Stadler*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 132 f.; zum Kostenrisiko bei Verbandsklagen nach Art. 89 ZPO etwa KUKO ZPO-Weber, Ph., Art. 89 N 4a.

³⁹⁵ Vgl. 2. Teil, A.II.9.a.

³⁹⁶ Vgl. 2. Teil, B.II.8.

³⁹⁷ Dazu sogleich 3. Teil, F.II.

³⁹⁸ So etwa GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), Ziff. 2.7.

³⁹⁹ Vgl. 2. Teil, C.I.5 und C.II.9.

⁴⁰⁰ BGer 24.7.2006, 2A.98/2006, E. 2.1 f.; BGE 93 I 116, E. 4; dazu eingehend Fellmann/Zindel-Fellmann, Art. 12 BGFA N 118 ff.

⁴⁰¹ Vgl. zu weiteren Finanzierungsmöglichkeiten, insbesondere Fondslösungen *Domej*, FS Sutter-Somm (2016), S. 74 ff.

Die (Vor-)Finanzierung⁴⁰² der Tätigkeit des Repräsentanten und des anwaltlichen Vertreters durch Beiträge der Geschädigten ist primär bei einer großen Anzahl von Gruppenmitgliedern eine realistische Finanzierungsmöglichkeit, weil eine kritische Masse an Geldgebern erforderlich ist, es zugleich aber eine (zumindest psychologische) Obergrenze für Einzelbeiträge geben dürfte.⁴⁰³ Denkbar ist auch, dass sich Rechtsschutzversicherungen an den Beitragszahlungen beteiligen würden, immerhin dürften die potentiellen Kosten eines Individualverfahrens, das (bei entsprechenden Versicherungsbedingungen) finanziert werden müsste, um ein Vielfaches höher sein als der Beitrag für ein Gruppenvergleichsverfahren.⁴⁰⁴ Die Einführung eines Gruppenvergleichs- und/oder Gruppenklageverfahrens könnte indes zu Anpassungen bei den Versicherungsbedingungen der Rechtsschutzversicherungen führen.⁴⁰⁵ Wegen vergleichsweise geringer Risiken könnten Rechtsschutzversicherungen aber zumindest bei reinen Gruppenvergleichsverfahren gleichwohl bereit sein, Finanzierungsbeiträge der Geschädigten zu übernehmen.

Eine wichtige Rolle könnten überdies kommerzielle Prozessfinanzierer spielen, selbst wenn dieses Finanzierungsmodell gegenwärtig in der Schweiz noch weniger etabliert ist als etwa in Deutschland oder in Österreich.⁴⁰⁶ Dank der Bündelung von zahlreichen Ansprüchen dürfte der in der Schweiz im Vergleich zum Ausland hohe Mindeststreitwert⁴⁰⁷ meistens rasch erreicht werden. Überdies wäre das Risiko, das die Prozessfinanzierer eingehen würden, zumindest bei reinen Gruppenvergleichsverfahren überschaubar, da eine Genehmigung des Gruppenvergleichs – wenn auch möglicherweise erst nach Anpassungen, die das Gericht angemahnt hat⁴⁰⁸ – in der Regel wohl wahrscheinlicher wäre als das Obsiegen in einem streitigen Verfahren.⁴⁰⁹ Der Prozessfinanzierer müsste frühe Investitionen aber jedenfalls dann abschreiben, wenn sich der Schädiger beharrlich weigert, in Vergleichsgespräche einzutreten, oder wenn die Vergleichsgespräche scheitern.

⁴⁰² Vgl. zur Rückzahlung der Beiträge im *Dexia*-Verfahren 2. Teil, B.II.8.b.

⁴⁰³ Vgl. die Beispiele aus den Niederlanden 2. Teil, B.II.8.b; und Belgien *Voet*, Funding, S. 209.

⁴⁰⁴ *Tzankova*, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 581 (2012); *Domej*, FS Sutter-Somm (2016), S. 70.

⁴⁰⁵ Zum Ausschluss von Schadenersatzansprüchen, die im Rahmen des KapMuG geltend gemacht werden können *Bergmeister*, S. 306; *Vorwerk*, WM 2011, 817, 823; *Stadler*, JZ 2014, 613, 619 (dort Fn. 85); vgl. aber auch *Habersack/Mülbert/Schlitt-Schmitz*, § 33 N 40.

⁴⁰⁶ Vgl. *Schumacher, B.*, S. 7 ff.

⁴⁰⁷ Der durchschnittliche Mindeststreitwert für Prozessfinanzierungen beträgt in der Schweiz mindestens 250 000 CHF, wenn nicht sogar 500 000 CHF, vgl. *Schumacher, B.*, S. 19 f.

⁴⁰⁸ Dazu 3. Teil, E.III.

⁴⁰⁹ Zur Risikobereitschaft des Prozessfinanzierers in Zweiparteienverfahren *Schumacher, B.*, S. 18 f.

Indes ist fraglich, wie die Erfolgsbeteiligung des Prozessfinanzierers gegenüber den Geschädigten legitimiert werden könnte. Probleme ergeben sich primär, wenn das Gruppenvergleichsverfahren nach dem *opt-out*-Prinzip ausgestaltet ist; bei einem *opt-in*-Verfahren könnte der Verfahrensbeitritt von der Zustimmung zum Finanzierungsvertrag abhängig gemacht werden.⁴¹⁰ Bei *opt-out*-Verfahren könnte hingegen oft nur die Zustimmung eines Teils der Geschädigten eingeholt werden.⁴¹¹ Damit die Gruppenmitglieder an der Finanzierung des Verfahrens beteiligt werden könnten, müsste das Gesetz wohl einen besonderen Vergütungsanspruch des Prozessfinanzierers schaffen.⁴¹² Die Vergütung würde direkt aus der Entschädigungssumme, die den Gruppenmitgliedern versprochen wurde, entrichtet. Das ist nicht unproblematisch, weil die Geschädigten vor die Wahl gestellt werden, sich mit ihrem um den Anteil des Prozessfinanzierers verringerten Entschädigungsanspruch zufrieden zu geben, oder aber gar keine Entschädigung aus dem Gruppenvergleich zu erhalten.⁴¹³ Allerdings wäre ein Gruppenvergleich ohne die Beteiligung des Prozessfinanzierers wohl oft gar nicht zustande gekommen.⁴¹⁴ Es erscheint durchaus sachgerecht, die Gruppenmitglieder an den Kosten der Streitbeilegung zu beteiligen.⁴¹⁵ Sofern das Gericht die Angemessenheit der Erfolgsbeteiligung überprüfen kann⁴¹⁶, erscheint ein gesetzlicher Vergütungsanspruch des Prozessfinanzierers in *opt-out*-Verfahren als gangbarer Weg – immerhin werden die Geschädigten ja auch bei *opt-in*-Verfahren oft vor die Wahl gestellt, entweder

⁴¹⁰ Vgl. Stadler, *Ausblick*, S. 115; Kodek, *Möglichkeiten*, S. 415.

⁴¹¹ Zu den Vertragsparteien von Prozessfinanzierungsvereinbarungen Schumacher, B., S. 94 f. In Australien gibt es wegen der Zustimmungsproblematik bei Prozessfinanzierungsvereinbarungen die Tendenz zu sog. *closed classes* oder *limited groups*, die teilweise dahingehend kritisiert werden, dass sie auf ein *opt-in*-Verfahren hinauslaufen würden, vgl. Cameron, S. 196 f., 200 f.; Legg, (2011) 30(1) C.J.Q., 52 ff. (2011); Mulheron, (2015) 131 L.Q.R., 291, 298 ff. In den USA besteht dieses Problem nicht, weil das Honorar des *class counsel* genau genommen oft nicht auf einer Erfolgshonorarvereinbarung, sondern auf dem *common fund*-Prinzip basiert, vgl. 2. Teil, A.II.9.a.

⁴¹² Für einen gesetzlichen Vergütungsanspruch nach dem Vorbild des US-amerikanischen *common fund*-Doktrin in Australien Legg, (2011) 30(1) C.J.Q., 52, 63 ff., 69 ff. (2011); dafür auch Fiedler, S. 155 f.; wohl auch Gordon-Vrba, S. 143. Vgl. auch die britische Regelung, wonach die Erfolgsbeteiligung des Prozessfinanzierers bei einem kartellrechtlichen Gruppenklageurteil (nicht aber bei einem Gruppenvergleich) auf gerichtliche Anordnung hin aus nicht in Anspruch genommenen Entschädigungsgeldern der Geschädigten getilgt werden kann: Mulheron, (2015) 131 L.Q.R., 291, 307 ff.

⁴¹³ Dazu auch Mulheron, (2015) 131 L.Q.R., 291, 295 ff.

⁴¹⁴ Vgl. auch Oberhammer, Gutachten ÖJT 2015, S. 155.

⁴¹⁵ Zur Begründung des *common fund*-Ansatzes auf Grundlage des Instituts der ungerechtfertigten Bereicherung Dawson, 87 Harv. L. Rev. 1597, 1601 ff. (1974); Silver, 76 Cornell L. Rev. 656 ff. (1991); Legg, (2011) 30(1) C.J.Q., 52, 63 ff.

⁴¹⁶ Zur Überprüfung der Angemessenheit der Erfolgsbeteiligung 3. Teil, F.IV.

dem Finanzierungsvertrag zuzustimmen oder aber mit den entsprechenden Risiken individuell Klage zu erheben.⁴¹⁷

Nicht auszuschließen sind als Finanzierungsform überdies frühe finanzielle Beiträge des Schädigers, namentlich zur Gründung einer *ad hoc*-Vertreterorganisation.⁴¹⁸ Je nachdem, wie lange Rechtsstreitigkeiten nach einem Massenschadensereignis bereits im Raum stehen, ist es durchaus denkbar, dass Schädiger von sich aus ein Gruppenvergleichsverfahren anstoßen, um die Sache umfassend zu bereinigen.⁴¹⁹ Selbstverständlich sollten solche Zuwendungen nur dann zulässig sein, wenn die Unabhängigkeit der Vertreterorganisation gewährleistet ist.⁴²⁰ Bei Beiträgen vonseiten des Schädigers ist überdies generell davon auszugehen, dass dieser sämtliche finanziellen Leistungen – seien es Vorauszahlungen oder auch Rückzahlungen von Individualbeiträgen der Geschädigten – in sein Vergleichsangebot einpreisen wird. Die Geschädigten laufen demnach Gefahr, im Ergebnis selbst für das Verfahren aufkommen zu müssen. Eine wirkliche Trennung zwischen der Entschädigung im Vergleichsangebot und Vereinbarungen zur Kostentragung ist freilich nicht möglich.⁴²¹ Repräsentanten wie auch das Gericht sollten sich dieser Problematik aber bei den Vergleichsverhandlungen beziehungsweise bei der Überprüfung der Vergleichsvereinbarung zumindest bewusst sein.

Gerade wenn auch etablierte Verbände als Vertreterorganisationen in Gruppenvergleichsverfahren fungieren sollen⁴²², sind schließlich öffentliche Subventionen von Bedeutung. Die unterschiedliche Höhe von Subventionen ist besonders im Vergleich zu Österreich, einem der Schweiz in vielerlei Hinsicht – etwa der Einwohnerzahl und dem Bruttoinlandprodukt – ähnlichen Staat, eklatant.⁴²³ Zwar reichen auch die Subventionen in Österreich nicht aus, um die Klagen der Verbände über die gebündelten, an sie abgetretenen Ansprüche unmittelbar zu finanzieren⁴²⁴; involviert ist in diesen Fällen wie gezeigt meist ein Prozessfinanzierer.⁴²⁵ Allerdings dürften die höheren öffentlichen Beiträge in Österreich maßgeblich dazu beitragen, dass etwa der Verein für Konsumenteninformation speziell qualifiziertes Personal rekrutieren kann und deswegen als

⁴¹⁷ Vgl. *Oberhammer*, Gutachten ÖJT 2015, S. 155 f.

⁴¹⁸ Vgl. etwa GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), Ziff. 10.4; 2. Teil, B.II.2.a sowie B.II.8.b.

⁴¹⁹ Vgl. zu dieser Tendenz in den Niederlanden 2. Teil, B.III.

⁴²⁰ Dazu bereits 3. Teil, D.II.2.b.

⁴²¹ Vgl. auch *Greer-Mullenix*, S. 187.

⁴²² Dazu 3. Teil, D.II.2.

⁴²³ Wurde der österreichische Verein für Konsumenteninformation (VKI) im Jahr 2015 mit 3 429 906 € unterstützt, beliefen sich die öffentlichen Subventionen an die schweizerische Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) in demselben Jahr auf 261 000 CHF, vgl. VKI, Tätigkeitsbericht 2015, S. 35; SKS, Jahresbericht 2015, S. 8.

⁴²⁴ Zur Frage der Legitimation solcher Subventionen *Domej*, FS Sutter-Somm (2016), S. 70 f.; vgl. auch *Nauer*, S. 106 f.

⁴²⁵ Vgl. 1. Teil, B.II.2.

besonders kompetente Vertreterorganisation gilt.⁴²⁶ Mit Blick auf die gegenwärtige Situation in der Schweiz ist es insofern zu begrüßen, dass der Bundesrat in seinem Bericht zum kollektiven Rechtsschutz (wenn auch zurückhaltend) eine verstärkte Unterstützung von Verbänden ins Spiel gebracht hat.⁴²⁷

III. Zulassung des reinen Erfolgshonorars *de lege ferenda*?

Unter anderem auch mit Blick auf Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes wird das Verbot des reinen Erfolgshonorars (Art. 12 lit. e BGFA) im Schrifttum zunehmend in Frage gestellt.⁴²⁸ Tatsächlich ist es nicht besonders konsequent, einerseits Anwälten die Vereinbarung eines reinen Erfolgshonorars wegen der Gefahr von Interessenkonflikten zu verbieten⁴²⁹, andererseits aber die Tätigkeit von Prozessfinanzierern weitgehend unreguliert zu lassen⁴³⁰ – immerhin können vergleichbare Interessenkonflikte auch zwischen dem Prozessfinanzierer und dem oder den Geschädigten auftreten, im Besonderen bei der Frage, ob einem Vergleichsangebot des Schädigers zugestimmt wird oder nicht.⁴³¹ Ein in den USA viel diskutiertes Problem des Erfolgshonorars ist etwa jenes, dass ein Anwalt Vergleichsangebote der Gegenseite wahrscheinlich nur so lange ausschlagen wird, bis für ihn das Verhältnis von (Verhandlungs-)Aufwand und Höhe seiner persönlichen Erfolgsbeteiligung stimmt. Weil es sich für den Anwalt ab einem gewissen Punkt nicht mehr lohnt weiterzuverhandeln, dürfte er dem Vergleichsangebot zustimmen (oder dem fachlich unterlegenen Mandanten die Zustimmung anraten), selbst wenn dies den Interessen seines

⁴²⁶ Vgl. auch *Oberhammer*, Gutachten ÖJT 2015, S. 133; *Klauser/Hadler*, ZZPInt 18 (2013), 103, 114 ff.; *Domej*, ZZP 125 (2012), 421, 430.

⁴²⁷ Vgl. Bundesrat, Bericht 2013, S. 46; zustimmend *Müller, K.*, ZBJV 151 (2015), 801, 833; vgl. zum Ganzen auch *Domej*, FS Sutter-Somm (2016), S. 70 f.; *Stürner*, ZZPInt 17 (2012), 259, 282 f.

⁴²⁸ Vgl. *Domej*, FS Sutter-Somm (2016), S. 72 f.; *dies.*, ZZP 125 (2012), 421, 452; *Haberbeck*, Jusletter v. 24.3.2014, Rz. 12 ff.; *ders.*, Jusletter v. 12.1.2015, Rz. 93 ff.; *Perucchi*, AJP 2011, 489, 502 ff.; *Madaus*, ZEuP 2012, 99, 107 ff.; ohne Bezug zum kollektiven Rechtsschutz auch *Dörig*, AJP 1998, 687, 695; *Schiller*, AwR 2010, 40, 48 f.; gegen eine Zulassung im kollektiven Rechtsschutz *Wyss*, Jusletter v. 16.2.2015, Rz. 84 f.; vgl. auch Bundesrat, Bericht 2013, S. 44 f.; Kommission, Empfehlung 2013, S. 64 (Nr. 30); dazu krit. *Stadler*, GPR 2013, 281, 287 f.

⁴²⁹ Dazu BGE 113 Ia 279, E. 4a; BGer 24.7.2006, 2A.98/2006, E. 2.1.

⁴³⁰ Vgl. *Domej*, FS Sutter-Somm (2016), S. 72 ff.; m.E. zu weitgehend aber *Perucchi*, AJP 2011, 489, 503, der kritisiert, die Kläger seien von der „Willkür der Prozessfinanzierer abhängig [...]“; vgl. zum Ganzen auch *Coffee*, 110 Colum. L. Rev. 288, 342 (2010).

⁴³¹ Vgl. BGE 131 I 223, E. 4.6.1 ff.; *Schumacher, B.*, S. 178 f. Vgl. zum Spannungsverhältnis, das durch die Beteiligung eines Prozessfinanzierers entsteht, auch die Grundsatzentscheidung des *High Court of Australia Campbells Cash and Carry Pty Ltd v. Postif Pty Limited* [2006] HCA 41; vgl. zum Ganzen auch bereits I. Teil, B.II.2.

Mandanten widerspricht.⁴³² Ein vergleichbarer Interessenkonflikt ist auch bei der Beteiligung eines Prozessfinanzierers denkbar⁴³³, obschon sich die Tätigkeit des Anwalts durchaus von derjenigen des Prozessfinanzierers unterscheidet.⁴³⁴

Das Problem solcher Interessenkonflikte auch bei der Prozessfinanzierung kann meines Erachtens schwerlich mit dem Hinweis abgetan werden, dass derjenige, der „Wert darauf legt, autonom über einen Vergleich entscheiden zu können, [...] keine Prozessfinanzierungsvereinbarung eingehen“ wird.⁴³⁵ Denn gerade mit Blick auf Massenschäden hat sich gezeigt, dass die Beteiligung eines Prozessfinanzierers die Rechtsdurchsetzung oft überhaupt erst ermöglicht.⁴³⁶ Die Gefahr konkurrierender Interessen des Prozessfinanzierers nehmen die Gruppenmitglieder in solchen Konstellationen keineswegs bewusst in Kauf und kann ihnen insofern nicht ohne weiteres angelastet werden.

Wenn aber bereits bei der Prozessfinanzierung über Regulierungsmaßnahmen zum Schutz der Interessen der Geschädigten nachgedacht werden sollte⁴³⁷, so gilt dies erst Recht für die Diskussion über die Zulassung des reinen Erfolgshonorars. Es ist zwar durchaus möglich, dass die skizzierten Interessenkollisionen in der Praxis eher ein pathologisches denn ein alltägliches Problem darstellen würden. So wird in Bezug auf das Erfolgshonorar mit Recht auf die anwaltlichen Berufsregeln verwiesen⁴³⁸, die ja ohnehin eingehalten werden

⁴³² Dazu ausführlich *Miller, G.*, 16 J. Legal Stud. 189, 197 ff. (1987); vgl. auch *Macey/Miller*, 87 Nw. U. L. Rev. 458, 459 (1993); *Hay/Rosenberg*, 75 Notre Dame L. Rev. 1377, 1390 f. (2000); *Coffee*, 110 Colum. L. Rev. 288, 342 (2010); *Greer-Mullenix*, S. 186.

⁴³³ Dazu *Tzankova*, 8 J.L. Econ. & Pol’y 549, 587 (2012); *Coffee*, 110 Colum. L. Rev. 288, 342 (2010); *Schumacher, B.*, S. 236 f.

⁴³⁴ Anders als beim Anwalt, bei dem Vergleichsverhandlungen laufend zu höherem Aufwand führen, entsteht der Hauptaufwand des Prozessfinanzierers noch vor Beginn der Vergleichsverhandlungen im Rahmen der Risikoanalyse, vgl. *Schumacher, B.*, S. 18, 94 f., 101, 129. Nach Abschluss dieser Analyse erwächst dem Prozessfinanzierer nur noch ein vergleichsweise geringer Aufwand bei der Überprüfung von Vergleichsangeboten; dementsprechend sollte die Dauer von Vergleichsverhandlungen für den Prozessfinanzierer in der Regel weniger Relevanz haben als für den Anwalt. Allerdings spielen Risikoerwägungen beim Prozessfinanzierer eine wichtigere Rolle: Je höher er die Gefahr eines Rückzugs des Schädigers aus den Vergleichsverhandlungen einschätzt, desto eher wird er bereit sein, ein niedrigeres Vergleichsangebot zu machen oder anzunehmen. Vgl. aber zur Situation in Australien, wo Prozessfinanzierer wesentlich stärker in die Prozessführung involviert sind, auch *Cameron*, S. 202 ff.

⁴³⁵ BGE 131 I 223, E. 4.6.2. Das Bundesgericht hatte in besagtem Entscheid freilich über ein pauschales Verbot der Prozessfinanzierung zu befinden und nicht über (differenzierte) Regulierungsmaßnahmen.

⁴³⁶ *Oberhammer*, *ecolex* 2011, 972, 975 ff.; *Domej*, ZZZ 125 (2012), 421, 451; *Cameron*, S. 190.

⁴³⁷ Dazu auch bereits 3. Teil, D.V.3.

⁴³⁸ Vgl. *Haberbeck*, Jusletter v. 24.3.2014, Rz. 23; *Schiller*, AwR 2010, 40, 44; vgl. dazu auch bereits 3. Teil, D.V.2.

müssten. Den anwaltlichen Vertretern eine generelle Neigung zur Übervorteilung der Klienten zu unterstellen, wäre jedenfalls lebensfremd. Allerdings kennen auch die Standesregeln der *American Bar Association* Regelungen zur Vermeidung von Interessenkonflikten⁴³⁹, die aber angesichts der existierenden Beispiele fragwürdiger *settlements* offenbar nicht immer ausreichend Wirkung zeigen. Wollte man das reine Erfolgshonorar also bei Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes zulassen, wäre eine vertiefte, aktuelle⁴⁴⁰ Auseinandersetzung mit potentiellen Interessenkollisionen und möglichen Kontrollmechanismen erforderlich, etwa eine Einschränkung auf bestimmte Klagearten⁴⁴¹ oder gerichtliche Eingriffsmöglichkeiten.⁴⁴²

IV. Überprüfung der Honorar- und Finanzierungsvereinbarungen

Eine gerichtliche Überprüfung von Honorar- und Finanzierungsvereinbarungen drängt sich freilich selbst dann auf, wenn man am Verbot des reinen Erfolgshonorars festhalten möchte. Abgesehen davon, dass bei der Prozessfinanzierung wie erwähnt ähnliche Interessenkonflikte wie beim reinen Erfolgshonorar auftreten können⁴⁴³, zeigt sich unter anderem an den jüngsten Entwicklungen in den Niederlanden, dass es zu einer weit über Zustimmungsvorbehalte hinausgehenden Vermischung von anwaltlicher Tätigkeit und Prozessfinanzierung kommen kann.⁴⁴⁴ Aber selbst bei einer klareren Rollenverteilung zwischen Anwälten und Prozessfinanzierern⁴⁴⁵ sprechen gute Gründe für eine gerichtliche Überprüfungsbefugnis in Bezug auf die Einflussmöglichkeiten des Prozessfinanzierers⁴⁴⁶, besonders aber auch in Bezug auf die Angemessenheit

⁴³⁹ Dazu *Böhm*, Rz. 51 ff., insbes. Rz. 61 ff.

⁴⁴⁰ Soweit ersichtlich, ist die Monographie von *Gattiker* aus dem Jahr 1975 die letzte umfassende Studie zum Erfolgshonorar im schweizerischen Schrifttum; vgl. aber auch *Höchli*, S. 79 ff.; *Dörig*, AJP 1998, 687 ff.; *Schiller*, AwR 2010, 40 ff.; *Widmer Lühinger*, AJP 2011, 1445 ff.

⁴⁴¹ Vgl. *Domej*, FS Sutter-Somm (2016), S. 72.

⁴⁴² Vgl. etwa *Tzankova*, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 554 f. (2012); *Voet*, Funding, S. 212 f.; zu den Schwierigkeiten sog. *sliding scales*, wie sie mitunter (vgl. *Perucchi*, AJP 2011, 489, 503) vorgeschlagen wurden, siehe *Newberg-Rubenstein*, § 15:80; ohne Bezug zum kollektiven Rechtsschutz auch *Dörig*, AJP 1998, 687, 695; *Schiller*, AwR 2010, 40, 44; *Widmer Lühinger*, AJP 2011, 1445 ff.; *Schepke*, S. 172 ff.

⁴⁴³ Dazu bereits 3. Teil, F.III.

⁴⁴⁴ Vgl. 3. Teil, D.V.3; vgl. zur stärkeren Involvierung der Prozessfinanzierer in Australien auch *Cameron*, S. 202 ff.

⁴⁴⁵ Zu den Verhältnissen in Österreich *Oberhammer*, *ecolex* 2011, 972, 976 ff.

⁴⁴⁶ Dazu bereits 3. Teil, D.V.3.

der Honorar- und Finanzierungsvereinbarungen in finanzieller Hinsicht: Sowohl Honorare auf Stundenbasis⁴⁴⁷ als auch Erfolgsbeteiligungen von Prozessfinanzierern⁴⁴⁸ können überhöht sein. Wohl dürften insbesondere etablierte Verbände, aber auch *ad hoc*-Organisationen durchaus fähig sein, sowohl ihren anwaltlichen Vertretern als auch einem Prozessfinanzierer auf Augenhöhe zu begegnen und deren Tätigkeiten zu überwachen.⁴⁴⁹ Weil die Vertreterorganisationen aber ihrerseits überwacht werden sollten⁴⁵⁰, ist auf sie nicht vollends Verlass. Zum Schutz der Interessen der überwiegend abwesenden Geschädigten ist demnach eine amtswegige gerichtliche Überprüfung der Honorar- und Finanzierungsbedingungen angezeigt.⁴⁵¹

Die zivilrechtliche Überprüfung von Anwaltshonoraren ist in der Schweiz denn auch gar nicht unüblich, erfolgt aber, abgesehen von außergerichtlichen Moderationsverfahren gewisser kantonaler Anwaltsverbände, grundsätzlich in einem separaten Zivilverfahren und nur auf Antrag hin.⁴⁵² Auch bei einer Überprüfung des Anwaltshonorars von Amtes wegen im Gruppenvergleichsverfahren wären grundsätzlich die allgemeinen Anfechtungstatbestände des Obligationenrechts maßgebend: Überhöhte Honorarforderungen könnten vom Gericht namentlich wegen Vertragsverletzung (Art. 394 Abs. 3 oder Art. 398 i.V.m. Art. 97 ff. OR), Irrtum (Art. 24 OR), Täuschung (Art. 28 OR), Sittenwidrigkeit (Art. 20 OR) oder Übervorteilung (Art. 21 OR) reduziert werden.⁴⁵³ Dass die Anforderungen dieser Tatbestände jeweils hoch sind, ist durchaus gut so, da das Gericht auch in Gruppenverfahren nicht ohne Not in die Privatautonomie der Parteien eingreifen sollte. Wie gezeigt, sind die Vertreterorganisationen durchaus (mit-)verantwortlich, die Auftragskonditionen mit den anwaltlichen Vertretern auszuhandeln und deren Tätigkeit zu überwachen.⁴⁵⁴ Schwierigkeiten könnten sich aber unter anderem bei internationalen Verhältnissen

⁴⁴⁷ Tzankova, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 555 f. (2012); Schäfer, S. 83 f.; van den Bergh, 20 MJ 12, 30 (2013); Widmer Lüchinger, AJP 2011, 1445, 1455.

⁴⁴⁸ Vgl. BGE 131 I 223, E. 4.6.6; Schumacher, B., S. 227 ff.

⁴⁴⁹ Vgl. Coffee, 110 Colum. L. Rev. 288, 342 f. (2010); Domej, FS Sutter-Somm (2016), S. 72 f.; Voet, Funding, S. 213; Oberhammer, ecolex 2011, 972, 978 ff.; Klauser/Hadler, ZZPInt 18 (2013), 103, 129.

⁴⁵⁰ Dazu bereits 3. Teil, D.V.1.

⁴⁵¹ So wohl auch Stadler, euvr 2014, 80, 84; Domej, FS Sutter-Somm (2016), S. 72 f.; Oberhammer, Gutachten ÖJT 2015, S. 148 f., 155 f.; Fiedler, S. 155 f.; a.A. aber Bydlinski, VbR 2015, 105, 106.

⁴⁵² Dazu BK ZPO-Sterchi, Art. 105 N 10; Fellmann/Zindel-Fellmann, Art. 12 BGFA N 162, 169; Höchli, S. 106; VerwGer ZH, 29.9.2016, VB.2016.00256, E. 2.2.

⁴⁵³ Vgl. etwa BGer 30.3.2016, 4A_658/2015, E. 3.1; BGer 17.7.2012, 4A_89/2012, E. 3.1; BGer 16.3.2005, 4C.463/2005, E. 2; BGer 28.3.2012, 4A_24/2011; BGE 93 I 116, E. 5; BK OR-Fellmann, Art. 394 N 451; Fellmann/Zindel-Fellmann, Art. 12 BGFA N 162; Widmer Lüchinger, AJP 2011, 1445, 1456 ff.; zum umstrittenen Verhältnis von Art. 20 und Art. 21 OR BSK OR I-Huguenin/Meise, Art. 19/20 N 40.

⁴⁵⁴ Vgl. 3. Teil, D.V.2.

ergeben, wie sie in der *Converium*-Entscheidung des *Gerechtshof Amsterdam* offenbar wurden: Weil US-amerikanische Anwaltskanzleien in das Verfahren involviert waren, orientierte sich das Gericht bei der Überprüfung der Honorarvereinbarungen an der US-amerikanischen Praxis zur Bewertung der *class counsel fees*, ein Gesichtspunkt, der im niederländischen Schrifttum vielfach kritisiert wurde.⁴⁵⁵

Anders als beim Anwaltshonorar, das sich meistens nach der Anzahl geleisteter Stunden bemisst, welche dem Beweis zugänglich ist⁴⁵⁶, gestaltet sich die Überprüfung der Erfolgsbeteiligung des Prozessfinanzierers wesentlich schwieriger.⁴⁵⁷ Abgesehen von der problembehafteten Konkurrenz von Übervorteilungs- und Sittenwidrigkeitstatbestand (Art. 21 und Art. 20 OR)⁴⁵⁸ erfordert die Überprüfung der Erfolgsbeteiligung unter anderem eine Einschätzung des Prozessrisikos.⁴⁵⁹ In diesem Zusammenhang wäre zu berücksichtigen, dass das Prozessrisiko jedenfalls bei reinen Gruppenvergleichsverfahren wie bereits erwähnt⁴⁶⁰ typischerweise geringer ist als bei streitigen Verfahren, wo der Finanzierer im Falle des Prozessverlusts grundsätzlich sämtliche Rechtsverfolgungskosten zu tragen hat.⁴⁶¹ Abgesehen davon bieten abstrakte Kriterien, im Besonderen fixe Prozent-Schwellen, keine oder nur begrenzt überzeugende Anhaltspunkte für die Bewertung der Erfolgsbeteiligung.⁴⁶² Immerhin ist aber ebenso wie beim Anwaltshonorar auch bei der Prozessfinanzierung zumindest tendenziell davon auszugehen, dass die (kompetenten) Vertreterorganisationen mit dem Prozessfinanzierer eine angemessene Erfolgsbeteiligung ausgehandelt haben.⁴⁶³

Ob das mit dem Gruppenvergleichsverfahren befasste Gericht das Anwaltshonorar auch bereits nach dem Regelungsvorschlag im Vorentwurf zum FIDLEG überprüfen könnte (vgl. Art. 114 VE-FIDLEG)⁴⁶⁴, ist eher zu verneinen; eine Überprüfung von Prozessfinanzierungen ist von dieser Bestimmung wohl nicht erfasst. Wünschenswert wäre demnach eine klare gesetzliche Regelung, die das Gericht unmissverständlich dazu ermächtigt, sowohl Anwaltshonorar- als auch Prozessfinanzierungsvereinbarungen zu überprüfen.

⁴⁵⁵ Dazu bereits 2. Teil, B.II.4.b.bb.

⁴⁵⁶ Vgl. BK OR-*Fellmann*, Art. 394 N 439.

⁴⁵⁷ Dazu eingehend *Schumacher, B.*, S. 227 ff.

⁴⁵⁸ Dazu *Schumacher, B.*, S. 230 ff.

⁴⁵⁹ *Tzankova*, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 574 (2012); *Schumacher, B.*, S. 232 f.

⁴⁶⁰ Vgl. 3. Teil, F.II.

⁴⁶¹ Vgl. *Schumacher, B.*, S. 94; *Tzankova*, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 574 (2012).

⁴⁶² *Schumacher, B.*, S. 234 f.

⁴⁶³ Vgl. *Oberhammer*, *ecolex* 2011, 972, 978 ff.; *Coffee*, 110 Colum. L. Rev. 288, 342 f. (2010); *Tzankova*, 8 J.L. Econ. & Pol'y 549, 588 (2012).

⁴⁶⁴ Dazu Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014, S. 111, 115.

V. Fazit

Regelungen zur Kostentragung und Verfahrensfinanzierung sind für die Funktionsfähigkeit von Verfahren zur kollektiven Rechtsdurchsetzung von zentraler Bedeutung. Ohne Risikobereitschaft eines unmittelbar oder mittelbar am Verfahren beteiligten Akteurs gelangen die alleine schon wegen ihrer Komplexität und Größe sehr teuren Gruppenverfahren nicht zur Anwendung. Sind es in den USA die anwaltlichen Vertreter, die aufgrund der Zulässigkeit des reinen Erfolgshonorars einen Anreiz zur Übernahme des Prozessrisikos haben, dienen in Europa mit Prozessfinanzierungsgesellschaften oftmals Dritte als risikobereite Investoren für solche Verfahren. Abgesehen von weiteren, in der Praxis wohl weniger bedeutenden Finanzierungsmöglichkeiten dürfte auch in der Schweiz besonders die Prozessfinanzierung durch Dritte im Zusammenhang mit Gruppenvergleichsverfahren eine Rolle spielen, weil Anwälten die Vereinbarung eines reinen Erfolgshonorars gegenwärtig verboten ist. Weil die Zustimmung zur Prozessfinanzierungsvereinbarung in der Praxis nicht von sämtlichen beteiligten Gruppenmitgliedern eingeholt werden könnte, sollte ein besonderer Vergütungsanspruch des Prozessfinanzierers gegenüber den Gruppenmitgliedern geschaffen werden. Unabhängig davon sollte die Rechtfertigung des Verbots des reinen Erfolgshonorars einer erneuten, vertieften Analyse unterzogen werden, da die Unterschiede zwischen der Prozessfinanzierung eines Dritten und derjenigen des involvierten Anwalts, der sich eine reine Erfolgsbeteiligung zusichern lässt, gerade bei reinen Gruppenvergleichsverfahren weniger groß sind, als bisweilen vermutet wird. Selbst unter Beibehaltung dieses Verbots empfiehlt sich aber jedenfalls mit Blick auf Gruppen(-vergleichs-)verfahren eine stärkere Regulierung sowohl von anwaltlichen Honorar- als auch von Prozessfinanzierungsvereinbarungen.

Endergebnis und Ausblick

Ausgehend von der Fragestellung, unter welchen Bedingungen sich generell der Vergleich und besonders ein formelles Gruppenvergleichsverfahren zur Korrektur des gegenwärtigen Rechtsschutzdefizits und zur Prävention von Störungen des schweizerischen Justizsystems eignen würde, setzt die vorliegende Untersuchung bei den Grundsätzen des geltenden Rechts zum gerichtlichen und außergerichtlichen Zweiparteienvergleich an.

Der Abschluss eines Vergleichs als Vertrag zur Bereinigung einer unklaren, umstrittenen Rechtsbeziehung wird sowohl vorprozessual im Schlichtungsverfahren als auch im Rahmen eines rechtshängigen Zivilverfahrens durch Vermittlungsversuche der Schlichtungsbehörde, respektive des Gerichts gefördert. Diese rechtspolitische Strategie ist unproblematisch, solange gewährleistet ist, dass der Abschluss entsprechender Vereinbarungen aus freiem Willen erfolgt. Gegenüber dem Urteil lässt sich der gerichtliche Vergleich dann schlüssig als privatautonom gestaltbare Rechtsschutzalternative begreifen.¹

Der Gruppenvergleich wird in der vorliegenden Arbeit definiert als gerichtlicher oder außergerichtlicher Vergleich zur Bewältigung eines Massen- oder Streuschadens. Unter den Bedingungen des geltenden Rechts kommt der Abschluss eines Gruppenvergleichs primär im Rahmen der einfachen Streitgenossenschaft und der objektiven Klagenhäufung in Betracht. Aus den Medien bekannt ist überdies der gelegentliche Abschluss zahlreicher mehr oder weniger gleichartiger außergerichtlicher Vergleichsvereinbarungen. Das Potential der beiden klassischen Bündelungsformen – und dementsprechend auch dasjenige von Gruppenvergleichen, die in deren Rahmen geschlossen werden – ist mit Blick auf die Korrektur des bestehenden Rechtsschutzdefizits allerdings sehr begrenzt. Dasselbe gilt für außergerichtliche Gruppenvergleiche.² Dies führt zur Frage, ob ein formalisiertes gerichtliches Gruppenvergleichsverfahren, wie es in den USA, in den Niederlanden und in Deutschland existiert, insgesamt einen besseren Zugang zur Justiz ermöglichen würde.

Mit dem *class action*-Verfahren verfügen die USA über ein Instrument zur kollektiven Rechtsdurchsetzung, das sich, wenngleich sein Missbrauchspotential in Kombination mit Sonderelementen des US-amerikanischen Rechts (ins-

¹ 1. Teil, A.

² 1. Teil, B.

besondere *contingency fee* und *punitive damages*) beträchtlich ist, alles in allem bewährt hat. In der Praxis dominiert die *settlement (-only) class action*, ein in der Rechtsprechung entwickelter Verfahrensablauf, der abweichend von der Konzeption des Gesetzes alleine auf die Genehmigung und Verbindlicherklärung eines Gruppenvergleichs ausgerichtet ist. Wenngleich diese Entwicklung der *class action* hin zu einem reinen Gruppenvergleichsverfahren im Schrifttum teilweise kritisiert wird, ist die *settlement class action*, nicht zuletzt dank der Rechtsprechung des höchsten Gerichts, überwiegend akzeptiert.³

Das niederländische WCAM-Verfahren folgt im Aufbau weitgehend demjenigen der *settlement class action*, verzichtet aber vollständig auf eine Klagemöglichkeit. Der erstmals in dieser Konsequenz umgesetzte Ansatz hat international Beachtung gefunden, was freilich auch daran liegt, dass sich das verantwortliche Amsterdamer Gericht schon mehrfach auch in grenzüberschreitenden Massenschäden mit z.T. geringem Bezug zu den Niederlanden für zuständig erklärte. Das Verfahren wird überwiegend positiv bewertet und besonders auf der Seite der Schädiger geschätzt, weil es eine effiziente und verbindliche Bereinigung von (auch internationalen) Massenschäden in einem weitgehend privatautonom gestaltbaren Gruppenvergleich ermöglicht. Allerdings steht das Alleinstellungsmerkmal des Verfahrens – die fehlende Klagemöglichkeit – zunehmend in der Kritik. Als Ergänzung des WCAM wird unterdessen über eine Verbandsklage auf Leistung diskutiert.⁴

Inspiziert vom Erfolg des WCAM wurde in Deutschland das – eigentlich auf einen „Musterentscheid“ ausgerichtete – KapMuG-Verfahren um ein ähnliches Gruppenvergleichsverfahren ergänzt, das es ermöglicht, sowohl das Musterverfahren als auch alle ausgesetzten Individualverfahren zeitgleich zu beenden. Das Gruppenvergleichsverfahren hätte theoretisch das Potential, sich als valable Alternative zum oft als schwerfällig erachteten streitigen KapMuG-Verfahren zu etablieren, kam bisher in der Praxis aber erst ein einziges Mal in einer Streitigkeit von überschaubarer Größe zur Anwendung.⁵

Der Blick auf die begrenzten Möglichkeiten zum Abschluss eines Gruppenvergleichs unter geltendem Recht und auf die drei erläuterten ausländischen Gruppenvergleichsverfahren lässt eine Reihe von Kernproblemen erkennen. Diese werden jeweils unter punktueller Bezugnahme auf den stark am WCAM orientierten Regelungsvorschlag für ein Gruppenvergleichsverfahren im Entwurf zum FIDLEG diskutiert.

Die führende Rolle der *settlement class action* in den USA und besonders die ebenfalls ausschließlich auf den Abschluss eines Gruppenvergleichs ausgerichtete Konzeption des WCAM werfen zunächst die Frage auf, welche Anforderungen an Gruppenverfahren sich aus dem Anspruch auf Justizgewährung

³ 2. Teil, A.

⁴ 2. Teil, B.

⁵ 2. Teil, C.

ergeben. Die Analyse ergibt, dass Gruppenvergleichsverfahren zur effizienten Bewältigung von Massenschäden und damit zur Gewährleistung des Anspruchs auf Justizgewährung beitragen können. Grundsätzlich aber sollten diese von einem kontradiktorischen Gruppenverfahren flankiert werden, weil die Funktionsfähigkeit reiner Gruppenvergleichsverfahren von der Vergleichsbereitschaft insbesondere des Schädigers abhängig ist. Ob die im Vorentwurf zum FIDLEG vorgeschlagene Kombination eines reinen Gruppenvergleichsverfahrens mit einer Verbandsklage auf Feststellung, Unterlassung oder Beseitigung diesen Anforderungen genügt, ist zu bezweifeln.⁶ Unabhängig davon, wie es sich damit verhält, erfordert die Diskussion über das Potential eines schweizerischen Gruppenvergleichsverfahrens eine Auseinandersetzung mit möglichen Maßnahmen zur Förderung von Vergleichsverhandlungen. Im Vorfeld eines Gruppenvergleichsverfahrens dürften insbesondere die vorsorgliche Beweisabnahme sowie materiellrechtliche Editionsspflichten, aber auch Musterprozesse eine Rolle spielen. Prüfwert wäre in diesem Zusammenhang eine vorsichtige Lockerung der Anforderungen an die Bezeichnung der Beweismittel im Rahmen der vorsorglichen Beweisabnahme. Überdies könnte die Einführung eines Vorlageverfahrens beim Bundesgericht erwogen werden, wobei ein *ad acta* gelegter Entwurf für ein solches Verfahren Anknüpfungspunkte liefern würde.⁷

Mit Blick auf die erforderliche Wahl zwischen *opt-in*- und *opt-out*-Verfahren sind *opt-out*-Verfahren grundsätzlich vorzugswürdig, weil sie regelmäßig höhere Beteiligungsquoten aufweisen. Allerdings stehen sie in Konflikt mit zwei zentralen Verfahrensprinzipien: Dem Dispositionsgrundsatz und dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Prüfung der Vereinbarkeit eines *opt-out*-Gruppenvergleichsverfahrens mit dem Dispositionsgrundsatz ergibt, dass gegenüber (tatsächlich) benachrichtigten Gruppenmitgliedern eine Mitwirkungslast vertretbar wäre: Der passive Verzicht auf ein *opt-out* könnte kraft Gesetzes als konkludente Zustimmung zur Teilnahme am Gruppenvergleich gelten.⁸ Demgegenüber zeigt sich mit Blick auf nicht benachrichtigte Gruppenmitglieder, dass sich die Rechtfertigung der Zustellungsfiktion der öffentlichen Bekanntmachung sowohl für Zweiparteienverfahren als auch für Konkursverfahren nicht ohne weiteres auf Gruppen(-vergleichs-)verfahren übertragen lässt. Auch andere Gründe vermögen den Rückgriff auf die Zustellungsfiktion nicht zu rechtfertigen, weil die Betroffenen jedenfalls bei Massenschäden ein berechtigtes Interesse am Schutz ihrer Dispositionsfreiheit haben. Ein *opt-out*-Gruppenvergleichsverfahren sollte demnach nur dann zulässig sein, wenn tatsächlich nicht benachrichtigten Geschädigten ein nachträgliches Recht zum *opt-out* gewährt wird. Umsetzen ließe sich diese Forderung mit einer Regelung,

⁶ 3. Teil, B.II.

⁷ 3. Teil, B.III.

⁸ 3. Teil, C.II.1.a.

die den Erfolg der Zustellung gesetzlich vermutet und somit den Beweis des Gegenteils ermöglicht. Obschon mit einer solchen Regelung diverse Unsicherheiten verbunden wären, könnte ein derart ausgestaltetes *opt-out*-Verfahren wohl durchaus eine valable Alternative zu einem *opt-in*-Verfahren bieten.⁹ Abgesehen von dieser Kernfrage ist zu beachten, dass sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ein Recht auf Benachrichtigung und auf – gegebenenfalls mehrfache – Stellungnahme im Gruppenverfahren ergibt. Prüfwert scheint der in den USA verfolgte Ansatz, den Gruppenmitgliedern das Recht einzuräumen, während des Verfahrens Beweisanträge zu stellen.¹⁰ Losgelöst von der Diskussion über die Vereinbarkeit eines *opt-out*-Gruppenvergleichsverfahrens mit dem Dispositionsgrundsatz und dem Anspruch auf rechtliches Gehör zeigt sich ferner, dass das Problem, wie mit überschüssigen (Entschädigungs-)Mitteln eines Gruppenverfahrens umzugehen wäre, der Einführung eines *opt-out*-Verfahrens nicht *per se* entgegensteht.¹¹ Mit Blick auf grenzüberschreitende Fälle bleibt klärungsbedürftig, ob Geschädigte mit Wohnsitz im Ausland ebenfalls nach dem *opt-out*- oder nach dem *opt-in*-Prinzip in das Verfahren einbezogen werden sollten.¹²

Die Diskussion unterschiedlicher Repräsentationsmodelle führt zum Ergebnis, dass sich private Organisationen als Repräsentantinnen tendenziell besser eignen als einzelne Gruppenmitglieder, unter anderem weil sie die anwaltlichen Vertreter wirksamer überwachen können. In Bezug auf die Anforderungen an solche Organisationen sollten grundsätzlich auch *ad hoc*-Organisationen anerkannt werden können. Die Wahl bzw. Anerkennung des Repräsentanten sollte spätestens in der Genehmigung des Gruppenvergleichs erfolgen. Dogmatisch wäre dessen Vertretungsbefugnis wohl als Form der gesetzlichen Prozessstandschaft einzuordnen. Zum Schutz der Interessen der Gruppenmitglieder sind gegenüber dem Repräsentanten, aber auch gegenüber einem allenfalls involvierten Prozessfinanzierer weitreichende gerichtliche Überprüfungs- und Eingriffsbefugnisse erforderlich.¹³

Die inhaltliche Überprüfung der Angemessenheit der Vergleichsvereinbarung durch das Gericht ist unabdingbar für die Legitimation der Verbindlichkeit des Gruppenvergleichs gegenüber den Beteiligten. Der Begriff der Angemessenheit ist jedoch nur beschränkt konkretisierbar, da in jedem Einzelfall unvorhersehbare Aspekte bei der Bewertung von Bedeutung sein können. Gleichwohl bieten die vor allem in der US-amerikanischen Rechtsprechung entwickelten Kriterienkataloge hilfreiche Orientierungspunkte für die Über-

⁹ 3. Teil, C.II.1.e.

¹⁰ 3. Teil, C.II.2.

¹¹ 3. Teil, C.III.

¹² 3. Teil, C.IV.

¹³ 3. Teil, D.

prüfung. Zu beachten ist, dass die Grenzen der richterlichen Befugnisse möglichst präzise geregelt werden sollten, weil in Gruppenvergleichsverfahren ein eigenartiges Spannungsverhältnis zwischen Privatautonomie und richterlicher Kontrollbefugnis herrscht. Abgesehen von diesen Fragen zum rechtlichen Rahmen der Überprüfung ist damit zu rechnen, dass das Gericht rein faktisch auf die Mitwirkung von Geschädigten oder auch Dritten angewiesen sein wird. Es ist deshalb angezeigt, Anreize zu setzen, die die Geschädigten zur kritischen Beteiligung am Verfahren animieren.¹⁴

Schließlich werden die Regelungen zur Kostentragung und Verfahrensfinanzierung die Funktionsfähigkeit eines Gruppenvergleichsverfahrens wesentlich beeinflussen. Von praktischer Bedeutung dürfte in der Schweiz vor allem die Prozessfinanzierung durch Dritte sein, weil Anwälten die Vereinbarung eines reinen Erfolgshonorars gegenwärtig verwehrt ist. Allerdings müssten grundsätzlich sämtliche beteiligten Gruppenmitglieder einer Prozessfinanzierungsvereinbarung zustimmen, was in der Praxis kaum umsetzbar wäre. Deshalb sollte ein Vergütungsanspruch des Prozessfinanzierers gegenüber den Gruppenmitgliedern geschaffen werden. Unabhängig davon sollte die Rechtfertigung des Verbots des reinen Erfolgshonorars erneut einer vertieften Analyse unterzogen werden. Selbst unter Beibehaltung dieses Verbots empfiehlt sich aber – jedenfalls mit Blick auf Gruppenverfahren – eine Regulierung sowohl von anwaltlichen Honorar- als auch von Prozessfinanzierungsvereinbarungen.¹⁵

Zusammenfassend lässt sich die eingangs aufgeworfene Fragestellung dahingehend beantworten, dass die Einführung eines formellen Gruppenvergleichsverfahrens zur Korrektur des gegenwärtigen Rechtsschutzdefizits und damit auch zur Prävention von Störungen des schweizerischen Justizsystems angezeigt ist. Die weltweit beobachtbare Tendenz, Massenschadensereignisse durch Gruppenvergleiche zu bereinigen, ist ein starkes Indiz dafür, dass auch in der Schweiz ein taugliches Instrument zur Verbindlicherklärung von Gruppenvergleichen eine effiziente Bewältigung von Massenschäden ermöglichen würde. Der Regelungsvorschlag für ein Gruppenvergleichsverfahren im Vorentwurf zum FIDLEG verdient insoweit gewiss Unterstützung. Sollten die Bestimmungen dieses Vorentwurfs in die ZPO integriert werden, wäre es indessen angezeigt, die in der Revision des WCAM vorgenommenen Korrekturen zu berücksichtigen, um ähnliche Schwachstellen zu vermeiden. Überdies sollte das Gruppenvergleichsverfahren von einem kontradiktorischen Instrument des kollektiven Rechtsschutzes flankiert werden. Nur dann ist gewährleistet, dass der Anspruch auf Justizgewährung der Beteiligten tatsächlich geschützt wird.

¹⁴ 3. Teil, E.

¹⁵ 3. Teil, F.

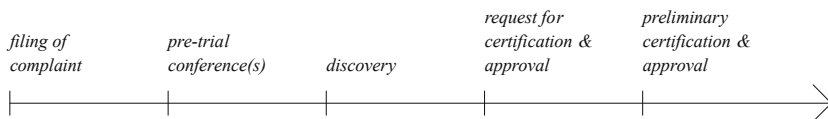
Schließlich sollten die Erwartungen an ein Gruppenvergleichsverfahren nicht zu hoch gesteckt werden. Insbesondere mit Blick auf Streuschäden ist davon auszugehen, dass jedenfalls ein reines Gruppenvergleichsverfahren am bestehenden Rechtsschutzdefizit bei massenhaften Kleinschäden wenig ändern würde. Erforderlich ist deshalb eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Ursachen und Konsequenzen mangelnder Rechtsdurchsetzung und möglichen Lösungsansätzen, namentlich mit Verbandsklagen auf Gewinnabschöpfung. Ein Gruppenvergleichsverfahren kann und sollte insofern stets nur eine Alternative unter mehreren Instrumenten der kollektiven Rechtsdurchsetzung darstellen.¹⁶

¹⁶ *Stadler*, *Ausblick*, S. 110; *Wagner*, *Kollektiver Rechtsschutz*, S. 85 f.; *Oberhammer*, *Gutachten ÖJT 2015*, S. 146.

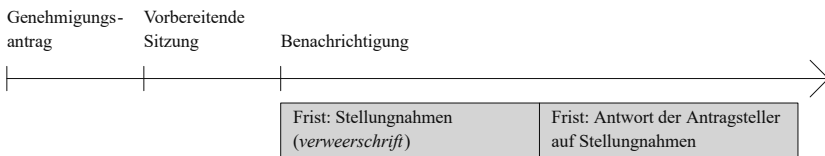
Anhang 1

Übersicht zum typischen Ablauf der Gruppenvergleichsverfahren

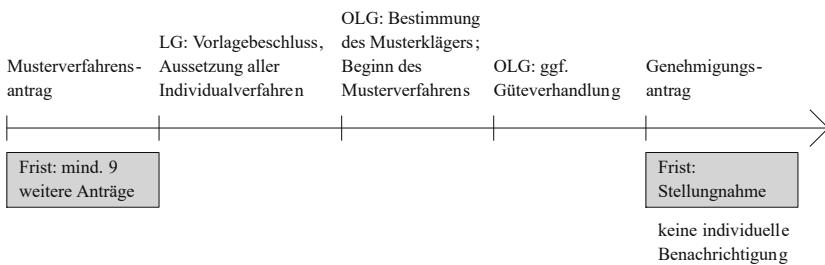
Settlement (-only) class action

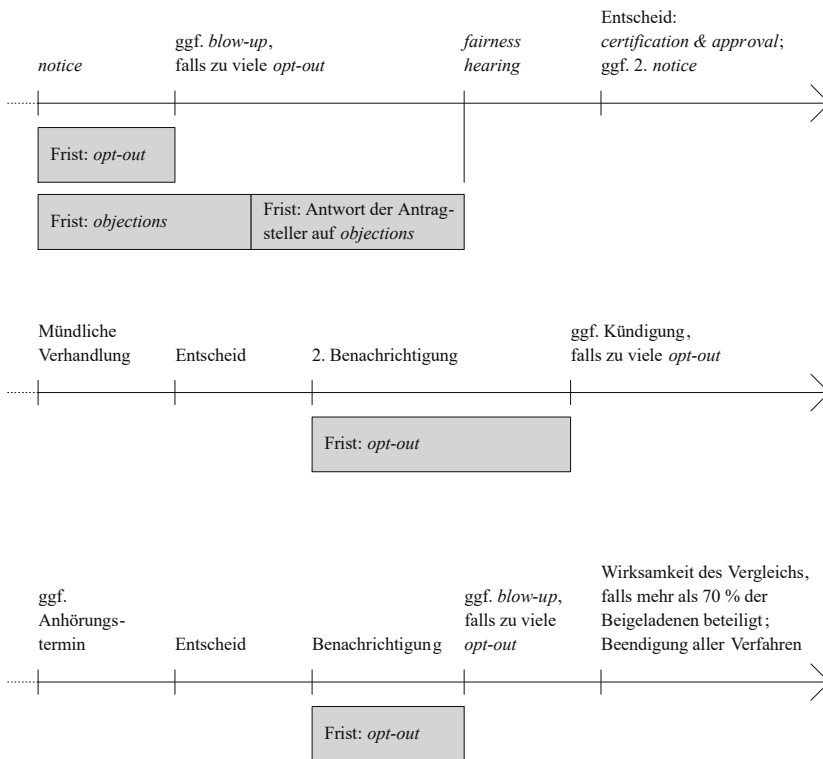


WCAM



KapMuG





Anhang 2

Verzeichnis abgeschlossener WCAM- und KapMuG- Gruppenvergleichsverfahren

Abgeschlossene WCAM-Verfahren

GH Amsterdam, 1.6.2006 (*DES-I*), ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6440; GH Amsterdam, 24.6.2014 (*DES-II*), ECLI:NL:GHAMS:2014:2371; GH Amsterdam, 24.6.2014 (*DES-II-2*), ECLI:NL:GHAMS:2014:2372.

Produkthaftung (Pharma): Personenschäden aufgrund von Nebenwirkungen des Wirkstoffs DES; Vergleichssumme: 38 Mio. €; Anzahl Geschädigte: ca. 34 000.¹

GH Amsterdam, 25.1.2007 (*Dexia*), ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033.

Finanzmarktrecht: Verkauf von kreditbasierten Anlageprodukten/mutmaßliche Verletzung von Informationspflichten; Vergleichssumme: 1 Mia. € (in der Form von Schuldenerlass); Anzahl Geschädigte: ca. 300 000, davon 4 000 mit Wohnsitz im Ausland (vom Gruppenvergleich ausgeschlossen).

GH Amsterdam, 29.4.2009 (*Vie d'Or*), ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2717.

Finanzmarkt- & Gesellschaftsrecht: Mutmaßliche Verantwortlichkeit von Revisionsgesellschaften und staatlicher Aufsichtsbehörden bei Konkurs einer Versicherungsgesellschaft; Vergleichssumme: 45 Mio. €; Anzahl Geschädigte: ca. 11 000, davon 500 mit Wohnsitz im Ausland.

GH Amsterdam, 29.5.2009 (*Shell*), ECLI:NL:GHAMS:2009:BI5744.

Finanzmarktrecht: Bilanzierung von Ölreserven/mutmaßliche Verletzung von Informationspflichten; Vergleichssumme: 352.6 Mio. €; Anzahl Geschädigte: ca. 500 000 im In- und Ausland (Ausschluss von US-Aktionären).

¹ Die Angaben zur Vergleichssumme und zur Anzahl der Geschädigten sind den Entscheidungen entnommen.

GH Amsterdam, 15.7.2009 (*Vedior*), ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ2691.

Finanzmarktrecht: Unternehmensübernahme/mutmaßliche Verletzung von Informationspflichten; Vergleichssumme: 4.25 Mio. €; Anzahl Geschädigte: ca. 2 000, davon 1 100 mit Wohnsitz im Ausland.

GH Amsterdam, 12.11.2010 (*Converium-I*), ECLI:NL:GHAMS:2010:BO3908; GH Amsterdam, 17.1.2012 (*Converium-II*), ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026.

Finanzmarktrecht: Mutmaßliche Verletzung von Informationspflichten/Bilanzierung von Rückstellungen; Vergleichssumme: 58.5 Mio. €; Anzahl Geschädigte: ca. 12 218, davon 12 204 mit Wohnsitz im Ausland (ca. 8 500 mit Wohnsitz in der Schweiz).

GH Amsterdam, 12.11.2013 (*DSB-I*), ECLI:NL:GHAMS:2013:3918; GH Amsterdam, 13.5.2014 (*DSB-II*), ECLI:NL:GHAMS:2014:1690; GH Amsterdam, 4.11.2014 (*DSB-III*), ECLI:NL:GHAMS:2014:4560. Vgl. dazu auch Insolvency Report no. 22 by the Administrators of DSB Bank N.V., 31 July 2014, zugänglich unter <www.dsbbank.nl> (7.5.2017).

Bankrecht: Mutmaßliche Vertragsverletzung/Insolvenz nach *Bank run*; Entschädigungssumme: ca. 500 Mio. €; Anzahl Geschädigte: ca. 345 000, davon 2 145 mit Wohnsitz im Ausland.

Abgeschlossene KapMuG-Gruppenvergleichsverfahren

OLG München, 7.11.2014, 5 Kap 2/09 (*Constantin Medien*) (V.-Dt. 12.11.2014); OLG München, 15.9.2014, 5 Kap 2/09 (*Constantin Medien*) (V.-Dt. 18.9.2014).

Finanzmarktrecht: Mutmaßliche Verletzung von Informationspflichten/Schadenersatzansprüche aus dem Erwerb von Aktien; Streitwert der Ausgangsverfahren zum Zeitpunkt des Vergleichsschlusses: 1 421 539 €; Vergleichssumme: 235 365 €; am Gruppenvergleich beteiligte Kläger: 36; Austritte: 1.

Literaturverzeichnis

Die Auflage wird in den Fußnoten nur angeführt, wenn verschiedene Auflagen eines Werks in der Arbeit zitiert werden.

- Abraham, Kenneth S.*: What is a Tort Claim? An Interpretation of Contemporary Tort Reform, 51 Md. L. Rev. 172–204 (1992).
- Alexander, Janet Cooper*: Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions, 43 Stan. L. Rev. 497–598 (1991).
- : Contingent Fees and Class Actions, 47 DePaul L. Rev. 347–361 (1998).
- Allemeersch, Benoît*: Transnational class settlements. Lessons from *Converium*, in: Wrška, Stefan/van Uytsel, Steven/Siems, Mathias (Hrsg.), *Collective Actions. Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?*, Cambridge 2012, 364–384.
- Annotated Manual For Complex Litigation, Fourth: by David F. Herr, Thomson Reuters 2016 (Zugriff via Westlaw; zit.: AMCL^{4th}).
- Arens, Peter*: Das Problem des Musterprozesses, in: Friedman, Lawrence M./Rehbinder, Manfred (Hrsg.), *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Opladen 1976, 344–355.
- Arndt, Adolf*: Die Friedensaufgabe des Richters, NJW 1967, 1585–1587.
- Arons, T.M.C.*: Cross-border enforcement of listed companies' duties to inform. A comparative research into prospectus liability regimes and private international law problems, Diss., Deventer 2012 (zit.: *Arons, Enforcement*).
- : 'WCAM: het 'netto'-resultaat teelt, of niet!', Noot: Hof Amsterdam, 17 januari 2012, 200.070.039/01, Ondernemingsrecht 2012, 177–179.
- Arons, Tomas/van Boom, Willem H.*: Beyond Tulips and Cheese: Exporting Mass Securities Claim Settlements from The Netherlands, [2010] EBLR 857–883.
- Asser, W.D.H./Groen, H.A./Vranken, J.B.M./Tzankova, I.N.*: A new balance: A summary of the Interim report Fundamental review of the Dutch law of civil procedure, ZZPInt 8 (2003), 329–387.
- Atteslander-Dürrenmatt, Agnes H.*: Der Prozessvergleich im internationalen Verhältnis. Unter besonderer Berücksichtigung anerkennungs- und vollstreckungsrechtlicher Fragen im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr der Schweiz, Diss., Tübingen 2006.
- Baetge, Dietmar/Eichholtz, Stephanie*: Die Class Action in den USA, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Kötz, Hein/Baetge, Dietmar (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, Tübingen 1999, 287–361.
- Baker, Tom/Griffith, Sean J.*: How the Merits Matter: D&O Insurance and Securities Settlements, 157 U. Pa. L. Rev. 755–832 (2009).
- Bariatti, Stefania*: Recognition and Enforcement in the EU of Judicial Decisions Rendered upon Class Actions: The Case of U.S. and Dutch Judgements and Settlements, in: Pocar, Fausto/Viarengo, Ilaria/Villata, Francesca C. (Hrsg.), *Recasting Brussels I*, Milano 2012, 319–339.

Basler Kommentare:

- : Amstutz, Marc/Reinert, Mani (Hrsg.): Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010 (zit.: BSK KG-Bearbeiter).
 - : Bösch, René/Rayroux, François/Winzeler, Christoph/Stupp, Eric (Hrsg.): Basler Kommentar Kollektivanlagengesetz, 2. Auflage, Basel 2015 (zit.: BSK KAG-Bearbeiter).
 - : Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Auflage, Basel 2015 (zit.: BSK OR I-Bearbeiter).
 - : Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.): Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 5. Auflage, Basel 2016 (zit.: BSK OR II-Bearbeiter).
 - : Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik (Hrsg.): Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 1. Auflage, Basel 2010 (zit.: BSK ZPO¹-Bearbeiter).
 - : Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik (Hrsg.): Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013 (zit.: BSK ZPO-Bearbeiter).
 - : Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.): Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: BSK BV-Bearbeiter).
 - : Watter, Rolf/Vogt, Nedim Peter/Tschäni, Rudolf/Daeniker, Daniel (Hrsg.): Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015 (zit.: BSK FusG-Bearbeiter).
- Baumgartner, Samuel P.*: Class Actions and Group Litigation in Switzerland, 27 Nw. J. Int'l L. & Bus. 301–349 (2007).
- : Class Actions in der Schweiz? Ansätze für eine nutzbringende Verwendung vergleichen der Betrachtung des US-amerikanischen Prozessrechts, in: Schindler, Benjamin/Schlauri, Regula (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, 111–132 (zit. *Baumgartner*, Class Actions).
- Bauw, Eddy/Bruinen, Tessa*: Slow start of veeg teken? Gebrekkige naveling Claimcode vereist ingrijpen, NJB 2013, 164–168.
- Beisner, John H.*: Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform, 60 Duke L.J. 547–596 (2010).
- Berger, Klaus Peter*: Gelungene und unvermeidbare Rezeptionen: Bank- und Kapitalmarktrecht, in: Ebke, Werner F./Elsing, Siegfried H./Großfeld, Bernhard/Kühne, Gunther (Hrsg.), Das deutsche Wirtschaftsrecht unter dem Einfluss des US-amerikanischen Rechts, Frankfurt am Main 2011, 77–90.
- Berger, Samuel P.*: Court Awarded Attorney's Fees: What is “Reasonable”?, 126 U. Pa. L. Rev. 281–328 (1977).
- Bergmeister, Felix*: Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG). Bestandesaufnahme und Reformempfehlung aus der Perspektive von Recht und Praxis der US-amerikanischen Securities Class Action, Diss., Tübingen 2009.

Berner Kommentare:

- : Band I. Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung. Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit.: BK ZGB-Emmenegger/Tschentscher).
- : Band I. Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung. Die juristischen Personen, 2. Teilband. Die Vereine, Systematischer Teil und Art. 60–79 ZGB, 3. Auflage, Bern 1990 (zit.: BK ZGB-Riemer).
- : Band I. Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit.: BK ZPO-Bearbeiter).
- : Band IV. Obligationenrecht, 2. Abteilung. Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband. Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit.: BK OR-Fellmann).

- Bernet, Martin/Hess, Michael: Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz – neueste Entwicklungen in Europa und der Schweiz, AwR 2012, 451–457.
- Berni, Markus: Verbandsklagen als Mittel privatrechtlicher Störungsabwehr. Prozessführung durch Dritte am Beispiel der Verbandsklagen des Lauterkeits- und Kartellrechts, Diss., Bern 1992.
- Berti, Stephen V.: Der gerichtliche Vergleich, in: Fellmann, Walter/Weber, Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2007, Zürich/Basel/Genf 2007, 109–120.
- Biard, A.P./Visscher, L.T.: Judges and Mass Litigation: Revisiting the Judicial Cathedral through Rational Choice Theory and Behavioural Economics, AV&S 2014, 39–48.
- Bläuer, Daniel R.: Rechtsausübung durch Gläubigergruppen, Diss., Zürich 2007.
- Bluntschli, Johann Caspar: Lehre vom modernen Staat, Zweiter Teil: Allgemeines Staatsrecht, 5. Auflage, Stuttgart 1876.
- Böhm, Ulrike: Amerikanisches Zivilprozessrecht, Köln 2005.
- Bohnet, François: Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz: The Seven-Year Itch, SZP 2013, 439–447.
- Bohrer, Andreas: Finanzmarkt-Enforcement 3.0, GesKR 2014, 318–333.
- Bökelmann, Erhard: Zum Prozessvergleich mit Widerrufsvorbehalt, in: Bökelmann, Erhard/Henckel, Wolfram/Jahr, Günther (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 1975, 101–111.
- Bosters, M.W.F./Hermans, Ruud/de Jong, B. J./Knigge, A./Kortmann, Jeroen/Leijten, A.F.J.A./Ouweland, J. F./Raaijmakers, A.S.G.M./Lunsingh Scheurleer, D. F./de Bie Leuveling Tjeenk, Jan/van der Velden, B.W.G./Verburg, G.J.M.: Voorontwerp afwikkeling massaschade in een collectieve actie, NJB 2015, 1584–1594.
- Braun, Franz/Rotter, Klaus: Der Diskussionsentwurf zum KapMuG – Verbesselter Rechtsschutz?, BKR 2004, 296–301.
- Braun, Johannes: Rechtskraft und Restitution. Zweiter Teil: Die Grundlagen des geltenden Restitutionsrechts, Berlin 1985.
- Brazil, Wayne D.: The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change, 31 Vand. L. Rev. 1295–1361 (1978).
- Bronsteen, John/Fiss, Owen M.: The Class Action Rule, 78 Notre Dame L. Rev. 1419–1453 (2003).
- Brunet, Edward: Class Action Objectors: Extortionist Free Riders or Fairness Guarantors, 2003 U. Chi. Legal F. 403–474.
- Brunner, Alexander: Die Kunst des Vergleiches – eine Anleitung aus Richtersicht, in: Breitschmid, Peter/ Jent-Sorensen, Ingrid/Schmid, Hans/Sogo, Miguel (Hrsg.), Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung. Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich 2015, 69–87 (zit.: Brunner, FS Meier [2015])
- : Mangels Verband keine Klage – zur Problematik der Verbandsklage, in: Fuhrer, Stephan/Weber, Stephan (Hrsg.), Allgemeine Versicherungsbedingungen. Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, Zürich 2011, 141–155 (zit.: Brunner, Verband).
- : Zur Verbands- und Sammelklage in der Schweiz, in: Walder-Richli, Hans Ulrich (Hrsg.), Rechtsschutz im Privatrecht – Symposium für Richard Frank, Zürich/Basel/Genf 2003, 37–51 (zit. Brunner, Sammelklage).
- Bruns, Alexander: Der Zivilprozess zwischen Rechtsschutzgewährleistung und Effizienz, ZP 124 (2011), 29–43.
- : Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZP 125 (2012), 399–419.

- : Gruppenklagen als Erscheinungsformen eines sozialen Zivilprozesses in der Marktgesellschaft?, in: Stürner, Rolf/Bruns, Alexander (Hrsg.), *Globalisierung und Sozialstaatsprinzip. Ein japanisch-deutsches Symposium*, Tübingen 2014, 255–274 (zit.: *Bruns, Gruppenklagen*).
- Bühler, Alfred*: Es fehlt ein Instrument für den kollektiven Rechtsschutz, *NZZ* v. 9.6.2010, S. 21.
- : Von der Prozess erledigung durch Parteierklärung (Vergleich, Anerkennung, Rückzug) nach Aargauischem Zivilprozessrecht, in: *Aargauischer Juristenverein* (Hrsg.), *Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger, alt Obergerichter, Beinwil am See*, Aarau 1990, 49–71 (zit.: *Bühler, FS Eichenberger* [1990]).
- Burch, Elisabeth Chamblee*: Disaggregating, 90 *Wash. U. L. Rev.* 667–698 (2013).
- Bydlinski, Michael*: Gedanken zum kollektiven Rechtsschutz in Anlegersachen, *VbR* 2015, 105–106.
- Cameron, Camille*: Litigation as 'core business': Analyzing the access to justice and regulatory dimensions of commercially funded class actions in Australia, in: *Hensler, Deborah R./Hodges, Christopher/Tzankova, Ianika* (Hrsg.), *Class Actions in Context. How Culture, Economics and Politics Shape Collective Litigation*, Cheltenham (UK)/Northampton (MA, USA) 2016, 189–211.
- Campos, Sergio J.*: Mass torts and due process, 65 *Vand. L. Rev.* 1059–1121 (2012).
- Caponi, Remo*: Collective Redress in Europe: Current Developments of “class action” suits in Italy, *ZZPInt* 16 (2011), 1–17.
- Carroll, Maureen*: Class Action Myopia, 65 *Duke L.J.* 843–908 (2016).
- Choi, Stephen J./Nelson, Karen K./Pritchard, Adam C.*: The Screening Effect of the Private Securities Litigation Reform Act, 6 *JELS* 35–68 (2009).
- Choi, Stephen J./Pritchard, Adam C./Fisch, Jill E.*: Do Institutions Matter? The Impact of the Lead Plaintiff Provision of the Private Securities Litigation Reform Act, 83 *Wash. U. L. Q.* 869–905 (2005).
- Claessens, M.E.J./Warmerdam, I.M.M.*: De WCAM-procedure in faillissement: echt zo effectief en efficiënt?, *FIP* 2014, 254–258.
- Coffee, John C.*: Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation, 100 *Colum. L. Rev.* 370–439 (2000).
- : Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action, 95 *Colum. L. Rev.* 1343–1465 (1995).
- : Litigation Governance: Taking Accountability Seriously, 110 *Colum. L. Rev.* 288–351 (2010).
- : Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and Its Implementation, 106 *Colum. L. Rev.* 1534–1586 (2006).
- : Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law through Class and Derivative Actions, 86 *Colum. L. Rev.* 669–727 (1986).
- Contratto, Franca*: Access to Justice for Investors in the Wake of the Financial Crisis: Test Cases as a Panacea?, *SZW* 2009, 176–190.
- : Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor, *AJP* 2012, 217–245.
- Cox, James D./Thomas, Randall S.*: Does the Plaintiff Matter? An Empirical Analysis of Lead Plaintiffs in Securities Class Actions, 106 *Colum. L. Rev.* 1587–1640 (2006).
- : Letting Billions Slip Through Your Fingers: Empirical Evidence and Legal Implications of the Failure of Financial Institutions to Participate in Securities Class Action Settlements, 58 *Stan. L. Rev.* 411–454 (2005).

- Cox, Jeannette: Information Famine, Due Process, and the Revised Class Action Rule: When Should Courts Provide a Second Opportunity to Opt Out, 80 Notre Dame L. Rev. 377–402 (2004).
- Croiset van Uchelen, A.R.J.: De verbindendverklaring volgens de WCAM als procesvorm, AV&S 2007, 222–228.
- : Over het inpolderen van massaschade: Enkele kanttekeningen naar aanleiding van de zaak Vie d'Or, in: van den Berg, Nienke/Henkemans, Rens/Timmer, Alexandra (Hrsg.), Massacclaims: class actions op z'n Nederlands, Nijmegen 2007, 105–128 (zit.: *Croiset van Uchelen*, Massaschade).
 - : Van corporate litigation naar corporate settlement – het wetsontwerp collectieve afwikkeling massaschade, in: van Solinge, G./Holtzer, M. (Hrsg.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003–2004, Deventer 2004, 129–160 (zit.: *Croiset van Uchelen*, Litigation).
- Dasser, Felix/Oberhammer, Paul (Hrsg.): Lugano-Übereinkommen, Kommentar, 2. Auflage, Bern 2011 (zit.: Dasser/Oberhammer-Bearbeiter).
- Dawson, John P.: Lawyers and Involuntary Clients: Attorney Fees from Funds, 87 Harv. L. Rev. 1597–1654 (1974).
- de Jong, B.J.: Noot: Gerechtshof Amsterdam, 17 januari 2012, 200.070.039/01, JOR 2012/51.
- : Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad bij massavorderingen, Ondernemingsrecht 2009, 455–456.
 - : Verbindendverklaring Shell-shikking ten behoeve van beleggers die schade hebben geleden als gevolg van mogelijk onjuiste opgaven van olie- en gasreserves door Shell. Noot bij Hof Amsterdam 29 mei 2009, LJN B15744, Ondernemingsrecht 2009, 465–472.
- Dickenmann, Philipp: Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz, AwR 2009, 467–471.
- Dittrich, Christian: Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – ein mögliches Vorbild für eine europäische Lösung kollektiver Rechtsverfolgung?, in: BRAK-Mitteilungen, Sonderdruck, 5. ZPR-Symposium der Bundesrechtsanwaltskammer am 16. und 17. April 2010 in Potsdam, Berlin 2010, 10–15.
- Domej, Tanja: Art. 158 ZPO in der Praxis – Ende einer Hoffnung?, in: Fellmann, Walter/Weber, Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2014, Zürich 2014, 69–97 (zit.: Domej, HAVE 2014).
- : Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZZP 125 (2012), 421–458.
 - : Finanzierung von Verbands- und Gruppenklagen, in: Fankhauser, Roland/Widmer Lühlinger, Corinne/Klingler, Rafael/Seiler, Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung. Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich/Basel/Genf 2016, 63–78 (zit.: Domej, FS Sutter-Somm [2016]).
- Dörig, Adrian: Anwaltliche Erfolgshonorare in den USA und der Schweiz, AJP 1998, 687–695.
- Droese, Lorenz: Die Sammelklage in den USA und in Europa und die Auswirkungen auf die Rechtslage in der Schweiz, in: Fellmann, Walter/Weber, Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2010, Zürich 2010, 115–148.
- Ebbing, Frank: Class Action. Die Gruppenklage: Ein Vorbild für das deutsche Recht?, ZVglRWiss 103 (2004), 31–53.
- Egli, Urs: Vergleichsdruck im Zivilprozess, Diss., Berlin 1996.
- Ehrenzeller, Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2014 (zit.: SG Komm BV-Bearbeiter).

- Eichholtz, Stephanie*: Die US-amerikanische Class action und ihre deutschen Funktionsäquivalente, Diss., Tübingen 2002.
- Eidenmüller, Horst/Engel, Martin*: Die Schlichtungsfälle: Verbraucherrechtsdurchsetzung nach der ADR-Richtlinie und der ODR-Verordnung der EU, ZIP 2013, 1704–1710.
- Eisenberg, Theodore/Lanvers, Charlotte*: What is the Settlement Rate and Why Should We Care?, 6 JELS 111–146 (2009).
- Eisenberg, Theodore/Miller, Geoffrey P.*: Attorney Fees and Expenses in Class Action Settlements: 1993–2008, 7 JELS 248–281 (2010).
- : The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues, 57 Vand. L. Rev. 1529–1567 (2004).
- Erichson, Howard M.*: The Problem of Settlement Class Actions, 82 Geo. Wash. L. Rev. 951–989 (2014).
- Ervo, Laura*: 'Opt-In is Out and Opt-Out is In': Dimensions Based on Nordic Options and the Commission's Recommendation, in: Hess, Burkhard/Bergström, Maria/Storskrubb, Eva (Hrsg.), EU Civil Justice. Current Issues and Future Outlook, Oxford/Portland 2016, 185–200.
- Fairgrieve, Duncan/Howells, Geraint*: Collective Redress Procedures: European Debates, in: Fairgrieve, Duncan/Lein, Eva (Hrsg.), Extraterritoriality and Collective Redress, Oxford 2012, 15–41.
- Falkena, F.B./Haak, M.F.J.*: De nieuwe wettelijke regeling afwikkeling massaschade, AV&S 2004, 198–206.
- Fasching, Hans W./Konecny, Andreas (Hrsg.): Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 3. Auflage, Wien 2015 (zit.: Fasching/Konecny-Bearbeiter).
- Faure, Michael/Weber, Franziska*: Towards a Rapid Claims Settlement Mechanism for Disasters?, in: Purnhagen, Kai/Rott, Peter (Hrsg.), Varieties of European economic law and regulation. Liber amicorum for Hans Micklitz, Cham 2014, 735–755.
- Favalli, Daniele/Matthews, Joseph M.*: Recognition and Enforcement of U.S. class action judgements and settlements in Switzerland, SZIER 2007, 611–636.
- Fellmann, Walter*: Der gerichtliche Vergleich, in: Koller, Alfred (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2001: Tagungsbeiträge, St. Gallen 2001, 65–90.
- Fellmann, Walter/Zindel, Gaudenz G. (Hrsg.): Kommentar zum Anwaltsgesetz. Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit.: Fellmann/Zindel-Bearbeiter).
- Fentiman, Richard*: Recognition, Enforcement and Collective Judgements, in: Nuyts, Arnaud/Hitzimihail, Nikitas E. (Hrsg.), Cross-Border Class Actions, Munich 2014, 85–110.
- Fiedler, Lilly*: Class Actions zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts, Diss., Tübingen 2010.
- Fisch, Jill E.*: Lawyers on the Auction Block: Evaluation and Selection of Class Counsel by Auction, 102 Colum. L. Rev. 650–728 (2002).
- Fischer, Daniel*: Zeitgemässe Möglichkeiten zur Konfliktbewältigung im Finanzbereich, in: Isler, Peter R./Cerutti, Romeo (Hrsg.), Vermögensverwaltung IV, Zürich 2012, 27–48.
- Fiss, Owen M.*: Against Settlement, 93 Yale L.J. 1073–1090 (1984).
- : The History of an Idea, 78 Fordham L. Rev. 1273–1280 (2009).
- Fitzpatrick, Brian T.*: An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards, 7 JELS 811–846 (2010).
- : Do Class Action Lawyers Make Too Little?, 158 U. Pa. L. Rev. 2043–2083 (2010).
- : The End of Objector Blackmail?, 62 Vand. L. Rev. 1623–1666 (2009).

- Fleming, Jeremy/Kuster, Jaap J.*: The Netherlands, in: Karlsgodt, Paul G. (Hrsg.), *World Class Actions: A Guide to Group and Representative Actions around the Globe*, Oxford/New York 2012, 286–300.
- Fölsch, Peter*: Die besondere Gebühr für den Rechtsanwalt des Musterklägers, NJW 2013, 507–510.
- Frenk, Niels*: Massaschade: de Nederlandse benadering, AV&S 2007, 214–222.
- Frenk, Niels/Boele-Woelki, Katharina*: Die Verbandsklage in den Niederlanden, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Kötz, Hein/Baetge, Dietmar (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, Tübingen 1999, 213–251.
- Freund, Herbert*: Der gerichtliche Vergleich – Methode rationaler Konfliktlösung oder naive Utopie?, DRiZ 1981, 221–224.
- : Die Legitimität des gerichtlichen Vergleichs und seines Verfahrens, DRiZ 1983, 136–140.
- Friedrich, Fabian M.*: Schlichtungs- und Mediationsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, SchiedsVZ 2007, 31–36.
- Frische, Tobias*: Verfahrenswirkungen und Rechtskraft gerichtlicher Vergleiche. Nationale Formen und ihre Anerkennung im internationalen Rechtsverkehr, Diss., Heidelberg 2006.
- Frowein, Jochen A./Peukert, Wolfgang*: Europäische MenschenRechtsKonvention. EMRK-Kommentar, 3. Auflage, Kehl am Rhein 2009 (zit.: Frowein/Peukert-Bearbeiter).
- Galanter, Marc/Cahill, Mia*: “Most Cases Settle”: Judicial Promotion and Regulation of Settlements, 46 Stan. L. Rev. 1339–1391 (1994).
- Gattiker, Heinrich*: Das Erfolgshonorar des Anwalts: Chancengleichheit im rechtlichen Konflikt?, Diss., Zürich 1975.
- Gauch, Peter*: Der aussergerichtliche Vergleich, in: Forstmoser, Peter/Tercier, Pierre/Zäch, Roger (Hrsg.), *Innominatverträge – Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep*, Zürich 1988, 3–24.
- Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan*: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil. Ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 10. Auflage, Zürich 2014.
- Gaul, Hans Friedhelm*: Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168 (1968), 27–62.
- Gauthier, Jean*: L'action collective des investisseurs selon l'article 29 de la loi fédérale sur les fonds de placement, in: Haldy, Jacques/Rapp, Jean-Marc/Ferrari, Phidias (Hrsg.), *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, 47–67.
- Geimer, Reinhold*: Internationales Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Köln 2015 (zit. *Geimer*, IZPR).
- Gernoth, Jan/Meinema, Martha*: Niederländisches Enqueterecht: Vorbild für das deutsche Sonderprüfungsrecht?, RIW 2000, 844–849.
- Giesen, Ivo*: De rol van de rechter bij massaschade: maatwerk of partijautonomie? – Een not van een scepticus, NJB 2007, 2613–2614.
- Giesen, I./Kristen, F.G.H./de Jong, E.R./Warren, C.J.D./Sikkema, E./Overheul, A.M./de Nijls, A.S./Vytöpil, A.L.*: De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht, Utrecht 2016 (zugänglich unter <www.wodc.nl> → Publicaties → Publicaties per jaar → 2016 (7.5.2017); zit.: *Giesen et al.*).

- Gordon-Vrba, Lucy*: Vielparteienprozesse. Kollektive Durchsetzung gleichartiger, individueller Kompensationsansprüche unter dem Aspekt der prozessualen Effizienz und Fairness, Diss., Zürich 2007.
- Gottwald, Peter*: Class Actions auf Leistung von Schadensersatz nach amerikanischem Vorbild im deutschen Zivilprozess?, ZJP 91 (1978), 1–38.
- : Die Bewältigung privater Konflikte im gerichtlichen Verfahren, ZJP 95 (1982), 245–264.
- : On the extension of collective legal protection in Germany, (2007) 26 C.J.Q. 2007, 484–496.
- : Streitbeilegung ohne Urteil, Tübingen 1981 (zit.: *Gottwald*, Streitbeilegung).
- Greenberg, Bruce D.*: Keeping the Flies out of the Ointment: Restricting Objectors to Class Action Settlement, 84 Saint John's L. Rev. 949–994 (2010).
- Greer, Marcy Hogan* (Hrsg.): A practitioner's Guide to Class Actions, Chicago 2010 (zit.: *Greer-Bearbeiter*).
- Greger, Reinhard*: Autonome Konfliktlösung innerhalb und außerhalb des Prozesses, in: Greger, Reinhard/Gleußner, Irmgard/Heinemann, Jörn (Hrsg.), Neue Wege zum Recht. Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag, Köln 2006, 3–22 (zit.: *Greger*, FS Vollkommer [2006]).
- : Verbandsklage und Prozeßrechtsdogmatik – Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung, ZJP 113 (2000), 399–412.
- : Verweisung vor den Güterichter und andere Formen konsensorientierter Prozessleitung, MDR 2014, 993–998.
- Guldener, Max*: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979.
- Gut, Susanna*: Schiedsgerichtsbarkeit: Eine Streitbeilegungsmethode für Anlegerstreitigkeiten, Diss., Zürich 2014.
- Guyan, Peter*: Beweisverfahren im ordentlichen Verfahren vor Bezirksgerichtsausschuss und Bezirksgericht. Nach der Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden vom 1.12.1985, Diss., Zürich 2000.
- Haberbeck, Philipp*: Gedanken zur Schliessung der Lücke im Rechtsschutzsystem der Schweiz betreffend die effektive Durchsetzung von Massen- und Streuschäden, Jusletter v. 24.3.2014.
- : Konkreter Diskussionsvorschlag für eine neue ZPO-Bestimmung betreffend Gruppenklagen, Jusletter v. 12.1.2015.
- : Praktische Hinweise zur früheren Referentenaudienz bzw. heutigen Vergleichsverhandlung vor dem Handelsgericht Zürich, Jusletter v. 6.1.2014.
- Habersack, Mathias/Mülbert, Peter O./Schlitt, Michael* (Hrsg.): Handbuch der Kapitalmarktinformation, 2. Auflage, München 2013 (zit.: *Habersack/Mülbert/Schlitt-Schmitz*).
- Habscheid, Walther J.*: Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht. Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, unter Mitarbeit von Stephen Berti, 2. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1990.
- Halfmeier, Axel*: Litigation without end? The Deutsche Telekom case and the German approach to private enforcement of securities law, in: Hensler, Deborah R./Hodges, Christopher/Tzankova, Ianika (Hrsg.), Class Actions in Context. How Culture, Economics and Politics Shape Collective Litigation, Cheltenham (UK)/Northampton (MA, USA) 2016, 279–298 (zit.: *Halfmeier*, Litigation).
- : Recognition of a WCAM settlement in Germany, NiPR 2012, 176–184.
- : Zur Neufassung des KapMuG und zur Verjährungshemmung bei Prospekthaftungsansprüchen, DB 2012, 2145–2151.

- Halfmeier, Axel/Rott, Peter/Feess, Eberhard*: Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht. Evaluation des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes, Frankfurt am Main 2010.
- Halfmeier, Axel/Wimalasena, Philip*: Rechtsstaatliche Anforderungen an Opt-out-Sammelverfahren: Anerkennung ausländischer Titel und rechtspolitischer Gestaltungsspielraum, JZ 2012, 649–658.
- Hass, Detlef*: Die Gruppenklage. Wege zur prozessualen Bewältigung von Massenschäden, Diss., München 1996.
- Hay, Bruce L./Rosenberg, David*: “Sweetheart” and “Blackmail” Settlements in Class Actions: Reality and Remedy, 75 Notre Dame L. Rev. 1377–1408 (2000).
- Hay, Peter*: US-Amerikanisches Recht, 6. Auflage, München 2015 (zit.: *Hay*, US Recht).
- : Zur konsensualen Streitbeendigung in Zivil- und Handelssachen in den USA, in: Breidenbach, Stephan/Coester-Waltjen, Dagmar/Hess, Burkhard/Nelle, Andreas/Wolf, Christian (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung, Akademisches Symposium zu Ehren von Peter F. Schlosser aus Anlass seines 65. Geburtstages, Bielefeld 2001, 101–119 (zit.: *Hay*, Streitbeendigung).
- Hazard, Geoffrey C.*: The Settlement Black Box, 75 B.U. L. Rev. 1257–1272 (1995).
- Hazard, Geoffrey C./Gedid, John L./Sowle, Stephen*: An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits, 146 U. Pa. L. Rev., 1849–1948 (1998).
- Heinemann, Andreas*: Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts. Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage, Studien im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, Strukturberichterstattung Nr. 44/4. Evaluation Kartellgesetz, Bern 2009 (zit. *Heinemann*, Durchsetzung).
- : Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstöße, in: Sethe, Rolf/Isler, Peter R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, 135–163 (zit. *Heinemann*, Verantwortlichkeit).
- : Private Enforcement in Europe, in: Zäch, Roger/Heinemann, Andreas/Kellerhals, Andreas (Hrsg.), The development of competition law. Global perspectives, Cheltenham 2010, 300–318 (zit.: *Heinemann*, Enforcement).
- Hensler, Deborah R.*: A class action ‘mash-up’: In Re Royal Dutch/Shell Transport Securities Litigation, in: Hensler, Deborah R./Hodges, Christopher/Tzankova, Ianika (Hrsg.), Class Actions in Context. How Culture, Economics and Politics Shape Collective Litigation, Cheltenham (UK)/Northampton (MA, USA) 2016, 170–188 (zit.: *Hensler*, Class action).
- : Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know, 53 Law & Contemp. Probs. 175–188 (1990).
- : Financing civil litigation: the US perspective, in: Tuil, Mark/Visscher, Louis (Hrsg.), New Trends in Financing Civil Litigation in Europe, A Legal, Empirical, and Economic Analysis, Cheltenham (UK) 2010, 149–174 (zit.: *Hensler*, Litigation).
- : Justice for the Masses? Aggregate Litigation & Its Alternatives, 143 Daedalus 73–82 (2014).
- : Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement is Re-Shaping Our Legal System, 108 Penn St. L. Rev. 165–197 (2003).
- : The United States of America, in: Hodges, Christopher/Vogenauer, Stefan/Tulibacka, Magdalena (Hrsg.), The Costs and Funding of Civil Litigation, Oxford/Portland 2010, 535–544 (zit.: *Hensler*, United States).
- Hensler, Deborah R./Pace, Nicholas M./Dombey-Moore, Bonita/Giddens, Beth/Gross, Jennifer/Moller, Erik K.*: Class Action Dilemmas, Pursuing Public Goals for Private Gain, Santa Monica 2000 (zit.: *Hensler et al.*, Class Action Dilemmas).

- Hensler, Deborah R./Peterson, Mark A.*: Understanding Mass Personal Injury Litigation: A Socio-Legal Analysis, 59 Brook. L. Rev. 961–1061 (1993).
- Hermans, Ruud/de Bie Leuveling Tjeenk, Jan*: International Class Action Settlements in the Netherlands since *Converium*, in: Global Legal Group (Hrsg.), ICLG: The International Comparative Legal Guide to: Class & Group Action 2015, 7. Auflage, London 2014, 5–11.
- Hess, Burkhard*: A Coherent Approach to European Collective Redress, in: Fairgrieve, Duncan/Lein, Eva (Hrsg.), Extraterritoriality and Collective Redress, Oxford 2012, 107–118 (zit.: *Hess, Approach*).
- : Cross-border Collective Litigation and the Regulation Brussels I, IPRax 2010, 116–121.
 - : Der Regierungsentwurf für ein Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz – eine kritische Bestandsaufnahme, WM 2004, 2329–2372.
 - : Die Anerkennung eines Class Action Settlement in Deutschland, JZ 2000, 373–382.
 - : Musterverfahren im Kapitalmarktrecht, ZIP 2005, 1713–1719.
 - : „Private law enforcement“ und Kollektivklagen: Regelungsbedarf für das deutsche Zivilprozessrecht?, JZ 2011, 66–74.
 - : Sammelklagen im Kapitalmarktrecht, AG 2003, 113–125.
 - : Verbesserung des Rechtsschutzes durch kollektive Rechtsbehelfe?, in: Mansel, Heinz-Peter/Dauner-Lieb, Barbara/Henssler, Martin (Hrsg.), Zugang zum Recht: Europäische und US-amerikanische Wege der privaten Rechtsdurchsetzung. Überlegungen de lege ferenda zur Ausweitung von Informationsrechten und kollektiven Rechtsbehelfen bei Verringerung klägerischer Prozessrisiken, Baden-Baden 2008, 61–88 (zit.: *Hess, Verbesserung*).
- Hess, Burkhard/Reuschle, Fabian/Rimmelspacher, Bruno* (Hrsg.): Kölner Kommentar zum KapMuG, 2. Auflage, München 2014 (zit.: *KK-KapMuG/Bearbeiter*).
- Hirtz, Bernd*: Plädoyer für den Prozess, NJW 2012, 1686–1689.
- Höchli, Lorenz*: Das Anwaltshonorar. Analyse der zivilrechtlichen Aspekte beim Anwaltshonorar, Diss., Zürich 1991.
- Hodges, Christopher*: The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems – A New Framework for Collective Redress in Europe, Oxford 2008.
- Höffmann, Friederike*: Class Action Settlements und ihre Anerkennung in Deutschland, Diss., Jena 2013.
- Hohl, Julia M.*: Die US-amerikanische Sammelklage im Wandel, Diss., Berlin 2008.
- Holzhammer, Richard*: Der Prozessvergleich, in: Fasching, Hans W./Kralik, Winfried (Hrsg.), Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag, Wien 1969, 217–227.
- Hondius, Ewoud*: The Dutch Act on Group Actions/Consumer Protection as a Catalyst to Law Reform, in: Micklitz, Hans W. (Hrsg.), Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?: Rolle und Funktion des Verbraucherrechts in der EG und den MOE-Staaten, Baden-Baden 1996, 351–382.
- Hondius, Ewoud/Mom, Andreas*: Die Durchsetzung von Verbraucherrechten in den Niederlanden – Zwischen alternativer Konfliktlösung, Verbandsklage und „Polder-class-action“, in: Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV), Kollektive Rechtsdurchsetzung – Chancen und Risiken, Internationales Symposium Bamberg 20. bis 21. Februar 2006, Berlin 2006, 157–176.
- Hopt, Klaus J./Baetge, Dietmar*: Rechtsvergleichung und Reform des deutschen Rechts – Verbandsklage und Gruppenklage, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Kötz, Hein/Baetge, Dietmar (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, Tübingen 1999, 11–64.

- Hopt, Klaus J./Kulms, Rainer/von Hein, Jan*: Rechtshilfe und Rechtsstaat: Die Zustellung einer US-amerikanischen class action in Deutschland, Tübingen 2006.
- Hünerwadel, Patrick*: Der aussergerichtliche Vergleich, Diss., Bern/Stuttgart 1989.
- Issacharoff, Samuel*: Class Action Conflicts, 30 U.C. Davis L. Rev. 805–833 (1997).
- Issacharoff, Samuel/Miller, Geoffrey P.*: Will aggregate litigation come to Europe?, 62 Vand. L. Rev. 179–210 (2009).
- Jansen, Nicola*: Die außergerichtliche obligatorische Streitschlichtung nach § 15 a EGZPO, Diss., St. Augustin 2001.
- Janssen, André*: Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, München 2009, 3–16.
- Jauernig, Othmar*: Bürgerliches Gesetzbuch: mit Rom-I-, Rom-II-, Rom-II-VO, EG-UntVO/HUntProt und EuErbVO, Kommentar, 16. Auflage, München 2015 (zit.: Jauernig-Bearbeiter).
- Jeandin, Nicolas/Sabeti, Yasmine*: Parties au procès: Mouvement et (r)évolution. Précis en vue du Code fédérale de procédure civile actuellement en préparation, Zürich 2003.
- Jelsma, Karen/Cordewener, Manon*: The Settlement of Mass Claims: A Hot Topic in The Netherlands, ILQ 2011, 13–20.
- Joos, Marina*: Vers une “class action” helvétique?, AwR 2013, 487–493.
- Junker, Abbo*: Die Informationsbeschaffung für den Zivilprozess: Informationsbeschaffung durch Beweispersonen, in: Schlosser, Peter F. (Hrsg.), Die Informationsbeschaffung für den Zivilprozess – Die verfahrensmäßige Behandlung von Nachlässen, ausländisches Recht und Internationales Zivilprozessrecht, Bielefeld 1996, 63–135 (zit.: Junker, Informationsbeschaffung).
- : Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, Diss., Heidelberg 1987 (zit.: Junker, Discovery).
- Kakalik, James S./Hensler, Deborah R./McCaffrey, Daniel*: Discovery Management: Further Analysis of the Civil Justice Reform Act Evaluation Data, 39 B.C.L. Rev. 613–682 (1998).
- Kalajdzic, Jasminka*: Class actions and settlement culture in Canada, in: Hodges, Christopher/Stadler, Astrid (Hrsg.), Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims, Cheltenham/Northampton 2013, 132–147.
- Kanner, Allen/Nagy, Tibor*: Exploding the Blackmail Myth: A New Perspective on Class Action Settlements, 57 Baylor L. Rev. 681–704 (2005).
- Kaplan, Benjamin*: Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (I), 81 Harv. L. Rev. 356 – 416 (1967).
- Karlsgodt, Paul G.*: The United States, in: Karlsgodt, Paul G. (Hrsg.), World Class Actions: A Guide to Group and Representative Actions around the Globe, Oxford/New York 2012, 3–55.
- Katzenmeier, Christian*: Zivilprozess und außergerichtliche Streitbeilegung, ZJP 115 (2002), 51–92.
- Keller, Moritz/Wigand, Johannes*: Der Referentenentwurf zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG) – Überblick und Stellungnahme, ZBB 2011, 373–394.
- Keske, Sonja/Renda, Andrea/van den Bergh, Roger*: Financing and group litigation, in: Tuil, Mark/Visscher, Louis (Hrsg.), New Trends in Financing Civil Litigation in Europe, A Legal, Empirical, and Economic Analysis, Cheltenham (UK) 2010, 92–108.
- Kessler, Jürgen*: Verbraucherschutz reloaded – Auf dem Weg zu einer deutschen Kollektivklage?, ZRP 2016, 2–4.

- Kiurunen Petra*: Finland, in: Karlsgodt, Paul G. (Hrsg.), *World Class Actions: A Guide to Group and Representative Actions around the Globe*, Oxford/New York 2012, 214–228.
- Kiurunen, Petra/Lindström, Niklas*: Norway, in: Karlsgodt, Paul G. (Hrsg.), *World Class Actions: A Guide to Group and Representative Actions around the Globe*, Oxford/New York 2012, 229–240.
- Kiurunen, Petra/Lindström, Niklas/Rath, Michala Bylov*: Denmark, in: Karlsgodt, Paul G. (Hrsg.), *World Class Actions: A Guide to Group and Representative Actions around the Globe*, Oxford/New York 2012, 186–197.
- Klaassen, C.J.M.*: De rol van de (gewijzigde) WCAM bij de collectieve afwikkeling van massaschade ‘en nog wat van die dingen’, *Ars Aequi* 2013, 627–639.
- Klauser, Alexander*: Alpine, VW und noch immer keine echte österreichische Sammelklage, *VbR* 2015, 182–186.
- : Massenschäden erfordern Sammelklagen – Praxisprobleme aus der Sicht von VerbraucherInnen, in: Gabriel, Tamara/Pirker-Hörmann, Beate (Hrsg.), *Massenverfahren. Reformbedarf für die ZPO?*, Wien 2005, 11–77 (zit.: *Klauser, Massenschäden*).
 - : Prozessfinanzierung, Rechtsfreunde, quota litis und Sammelklage, *VbR* 2013, 12–16.
- Klauser, Alexander/Hadler, Peter*: Kollektiver Rechtsschutz in der österreichischen Praxis, *ZZPInt* 18 (2013), 103–140.
- Klement, Alon*: Who Should Guard the Guardians? A New Approach for Monitoring Class Action Lawyers, 21 *Rev. Litig.* 25–81 (2002).
- Klett, Kathrin*: Prozessrisiko, in: Sutter-Somm, Thomas/Hafner, Felix/Schmid, Gerhard/Seelmann, Kurt (Hrsg.), *Risiko und Recht. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004*, Basel 2004, 649–665.
- Klonoff, Robert H.*: The Decline of Class Actions, 90 *Wash. U. L. Rev.* 729–838 (2013).
- Knauss, Alexander*: Der „Zwang“ zur gütlichen Einigung – Für eine Reform des § 278 ZPO, *ZRP* 2009, 206–209.
- Koch, Harald*: Die Verbandsklage in Europa. Rechtsvergleichende, europa- und kollisionsrechtliche Grundlagen, *ZZP* 113 (2000), 413–441.
- : Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess. Die class action des amerikanischen Rechts und deutsche Reformprobleme, Frankfurt am Main 1976 (zit. Koch, *Kollektiver Rechtsschutz*).
 - : Sammelklage und Justizstandorte im internationalen Wettbewerb, *JZ* 2011, 438–445.
 - : Über die Entbehrlichkeit der „gewillkürten Prozeßstandschaft“, *JZ* 1984, 809–815.
- Kodek, Georg E.*: Massenverfahren und Verfahrensmassen: Einige Gedanken zur aktuellen Diskussion, *Zak* 2012, 66–69.
- : Möglichkeiten zur gesetzlichen Regelung von Massenverfahren, in: Gabriel, Tamara/Pirker-Hörmann, Beate (Hrsg.), *Massenverfahren. Reformbedarf für die ZPO?*, Wien 2005, 311–440 (zit.: *Kodek, Möglichkeiten*).
- Kok, A.J./Sinnighe Damsté*: Converium: een stap vooruit bij collectieve afwikkeling van internationale massaschade in Nederland?, *TOP* 2011, 28–35.
- Kolba, Peter*: Konsumentenschutz vor und mit der Sammelklage, *ecolex* 2010, 864–867.
- Koller, Christian*: Effektive Rechtsdurchsetzung durch Sammelklagen!?, *Zak* 2012, 63–66.
- Kölz, Christian*: Braucht es in der Schweiz Sammelklagen?, *ZBJV* 149 (2013), 865–875.
- : Kollektiver Rechtsschutz. Wem dient das Gruppenvergleichsverfahren im Finanzdienstleistungsgesetz?, *NZZ* v. 8.8.2014, S. 18.
 - : The Preclusive Effect of U.S. Class Action Judgments in Switzerland: Does a Judgment in an Opt-Out Class Action before a U.S. Court Preclude Absent Plaintiff Class Members from (Re)Litigating their Individual Claims in Switzerland?, *SZIER* 2012, 43–79.

- Koniak, Susan P./Cohen, George M.*: Under Cloak of Settlement, 82 Va. L. Rev. 1051–1280 (1996).
- Kortmann, Jeroen/Bredenoord-Spoek, Marieke*: The Netherlands: a “hot sport for class actions”?, G.C.L.R. 2011, 13–17.
- Kramer, Xandra E.*: Enforcing mass settlements in the European Judicial Area: EU policy and the strange case of Dutch collective settlements (WCAM), in: Hodges, Christopher/Stadler, Astrid (Hrsg.), Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims, Cheltenham/Northampton 2013, 63–90 (zit.: *Kramer, Mass Settlements*).
- : Securities Collective Actions and Private International Law: Issues in Dutch WCAM Settlements: Global Aspirations and Regional Boundaries, 27 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J., 235–279 (2014).
- Krans, H.B.*: DES en Dexia: de Eerste Ervaringen met Collectieve Afkikkeling van Massaschade, NJB 2007, 2598–2604.
- Krauskopf, Patrick L./Schaller, Olivier*: Kartellrecht und Private Enforcement: Sammelklangen in der EU und in der Schweiz, in: Epiney, Astrid/Diezig, Stefan (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2012/2013, 287–299.
- Krejci, Heinz*: Gilt das Quota-litis-Verbot auch für Prozessfinanzierungsverträge?, ÖJZ 2011, 341–350.
- Kroes, Chr.F.*: Niet samen. Voor ons eigen! Beschouwingen over de 'opt-out' van de Wet collectieve afwikkeling massaschade, in: van den Berg, Nienke/Henkemans, Rens/Timmer, Alexandra (Hrsg.), Massacclaims: class actions op z'n Nederlands, Nijmegen 2007, 87–103.
- Kummer, Max*: Grundriss des Zivilprozessrechts. Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Auflage, Bern 1984.
- Kunz, Oliver M./Hoffmann-Nowotny, Urs. H./Stauber, Demian* (Hrsg.): ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308-327a ZPO, Basel 2013 (zit.: *Kunz et al.-Bearbeiter*).
- Kurzkomentare:
- : Büchler, Andrea/Jakob, Dominique (Hrsg.): Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Basel 2012 (zit.: *KUKO ZGB-Bearbeiter*).
- : Honsell, Heinrich (Hrsg.): Kurzkomentar Obligationenrecht, Basel 2014 (zit.: *KUKO OR-Bearbeiter*).
- : Hunkeler, Daniel (Hrsg.): Kurzkomentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Auflage, Basel 2014 (zit.: *KUKO SchKG-Bearbeiter*).
- : Oberhammer, Paul/Domej, Tanja/Haas, Ulrich (Hrsg.): Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014 (zit.: *KUKO ZPO-Bearbeiter*).
- Lahav, Alexandra D.*: Symmetry and Class Action Litigation, 60 UCLA L. Rev. 1494–1522 (2013).
- Langbein, John H.*: The Disappearance of Civil Trial in the United States, 122 Yale L.J. 522–572 (2012).
- Lange, Sonja*: Das begrenzte Gruppenverfahren. Konzeption eines Verfahrens zur Bewältigung von Großschäden auf der Basis des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes, Diss., Tübingen 2011.
- Legg, Michael*: Mass settlements in Australia, in: Hodges, Christopher/Stadler, Astrid (Hrsg.), Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims, Cheltenham/Northampton 2013, 172–203.

- : Reconciling Litigation Funding and the Opt Out Group Definition in Federal Court of Australia Class Actions – The Need for a Legislative Common Fund Approach, (2011) 30(1) C.J.Q., 52–73.
- Leipold, Dieter*: Sozialer Zivilprozess, Prozessmaximen und Prozessgrundrechte im 21. Jahrhundert, in: Stürner, Rolf/Bruns, Alexander (Hrsg.), Globalisierung und Sozialstaatsprinzip. Ein japanisch-deutsches Symposium, Tübingen 2014, 235–254 (zit.: Leipold, Sozialer Zivilprozess).
- : Zivilprozeßrecht und Ideologie, JZ 1982, 441–448.
- Lemstra, J.H./Okhuijsen, R.W.*: Consultatiedocument ‘Zelfregulerend claimstichtingen’, TvFR 2010, 158–163.
- Leser, Christoph*: Die Bindungswirkung des Musterentscheids nach dem Kapitalanleger-musterverfahrensgesetz, Diss., Baden-Baden 2014.
- Leuch, Georg/Marbach, Omar/Kellerhals, Franz/Sterchi, Martin*: Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern: Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, 5. Auflage, Bern 2000.
- Leufgen, Andrea*: Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, Diss., München 2007.
- Levi, Robert*: Der Richter als Vermittler, SJZ 1967, 255–257.
- Limburg, Edgar*: Prozessvorbeugung durch das Friedensrichteramt – unter besonderer Berücksichtigung der neueren schweizerischen Entwicklung, Diss., Zürich 1925.
- Lindblom, Per Henrik*: Group Actions and the Role of the Courts – A European Perspective, Forum Internationale Nr. 3 (1996), 1–22.
- Loos, Marco B.M.*: Cost and Fee Allocation In The Netherlands, in: Reimann, Mathias (Hrsg.), Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A comparative Study, Dordrecht 2012, 219–227.
- Lopatka, John E./Smith, D. Brooks*: Class Action Professional Objectors: What to Do About Them?, 39 Fla. St. U. L. Rev. 865–929 (2012).
- Lorenz, Stephan*: Die Neuregelung der pre-trial-Discovery im US-amerikanischen Zivilprozessrecht – Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozess?, ZJP 111 (1998), 35–65.
- Los, W.J.J.*: Toepassing van de WCAM – bespiegelingen over de rol en taak van de rechter, in: Los, W.J.J./van Ravel, B.P.M./Lunsingh Scheurleer, D. F./Voet, S. (Hrsg.): Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder, Den Haag 2013, 13–31.
- Lötscher, Cordula*: Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess. Grundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, Diss., Basel 2016.
- Luhmann, Niklas*: Das Recht der Gesellschaft, 6. Auflage, Frankfurt am Main 2013 (zit.: Luhmann, Recht).
- : Die Codierung des Rechtssystems, Rechtstheorie 17 (1986), 171–203.
- Lüke, Wolfgang*: Der Musterentscheid nach dem neuen Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz. Entscheidungsmuster bei gleichgerichteten Interessen?, ZJP 119 (2006), 131–158.
- : Die Beteiligung Dritter im Zivilprozess, Tübingen 1993 (zit.: Lüke, Beteiligung).
- Lunsingh Scheurleer, Daan*: Kroniek collectieve acties en schikkingen 2008 – 2010, in: Holtzer, M./Leijten, A.F.J.A./Oranje, D.J. (Hrsg.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011, Deventer 2011, 83–100.
- Macey, Jonathan R./Miller, Geoffrey P.*: Auctioning Class Action and Derivative Litigation: A Rejoinder, 87 Nw. U. L. Rev. 458–470 (1993).
- Madaus, Stephan*: Keine Effektivität einer Europäischen class action ohne „amerikanische Verhältnisse“ bei deren Finanzierung, ZEuP 2012, 99–116.

- Magnus, Ulrich/Mankowski, Peter (Hrsg.): European Commentaries on Private International Law EC PIL, Volume I, Brussels Ibis Regulation, Köln 2016 (zit.: Magnus/Mankowski-Bearbeiter).
- Maier-Reimer, Georg/Wilsing, Hans-Ulrich: Das Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, ZGR 2006, 79–120.
- Marcus, David: Attorneys' Fees and the Social Legitimacy of Class Actions, 159 U. Pa. L. Rev. 157–166 (2011).
- Marcus, Richard L.: America's dynamic and extensive experience with collective litigation, in: Hodges, Christopher/Stadler, Astrid (Hrsg.), Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims, Cheltenham/Northampton 2013, 148–171 (zit. Marcus, R., Experience).
- : The Big Bad Wolf: American Class Actions, in: Harsági, Viktória/van Rhee, C.H. (Hrsg.), Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?, Antwerp 2014, 35–51 (zit.: Marcus, R., Wolf).
- Martin, Pierre: Probleme des Rechtsschutzes, ZSR 1988 II, 1–153.
- Maurer, Ewald: Ein Plädoyer für den Vergleich, RZ 1980, 260–264.
- Maurer, Matthias: Der Vergleichsvertrag, Diss., Zürich/Basel/Genf 2013.
- McLaughlin, Joseph M.: McLaughlin on Class Actions: Law and Practice, 13. Auflage, Eagan (Minnesota) 2016 (Zugriff via Westlaw).
- Meier, Isaak/Scheiwiller, Sarah: Erfolg des Schlichtungs- und Urteilsvorschlagsverfahrens nach der neuen ZPO, ZSR 2014 I, 155–196.
- Meier, Isaak/Schindler, Riccarda: Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – eine Verweigerung des Zugangs zum Gericht?, in: Fellmann, Walter/Weber, Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2015, Zürich 2015, 29–84.
- Meier, Isaak/Sieewart, David: Ombudsstellen für Konsumentenstreitigkeiten, AJP 2012, 1523–1545.
- Meier-Hayoz, Arthur: Berufung auf Irrtum beim Vergleich, SJZ 1953, 117–123.
- Meller-Hannich, Caroline: Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) – Eine Zwischenbilanz, ZBB 2011, 180–191.
- : Effektivität kollektiver Rechtsschutzzinstrumente, in: Brömmelmeyer, Christoph (Hrsg.), Die EU-Sammelklage. Status und Perspektiven, Baden-Baden 2013, 33–56 (zit.: Meller-Hannich, Effektivität).
- Meller-Hannich, Caroline/Höland, Armin: Die Europäische Sammelklage, GPR 2011, 168–175.
- : Gutachten „Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzzinstrumente“ für das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV), Bonn 2011 (zit.: Meller-Hannich/Höland, Gutachten).
- : Kollektiver Rechtsschutz im Verbraucherrecht, DRiZ 2011, 164–167.
- Menkel-Meadow, Carrie: Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases), 83 Geo. L.J. 2663–2696 (1995).
- Meyer, Andreas: Aspekte einer Reform der Prospekthaftung, Eine Würdigung der Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages, Teil II, WM 2003, 1349–1355.
- Micklitz, Hans-W./Stadler, Astrid: 1. Abschnitt: Notwendigkeit eines Verbandsklagerechts, in: Micklitz, Hans-W./Stadler, Astrid: Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, Forschungsvorhaben im Auftrag des BMVEL, Endbericht Band 1–3, Münster 2005, 1–56 (zit.: Micklitz/Stadler, Notwendigkeit).
- : 3. Abschnitt: Allgemeine Fragen zur prozessualen Ausgestaltung von Verbands-, Muster- und Gruppenklagen, in: Micklitz, Hans-W./Stadler, Astrid: Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, Forschungsvorhaben im Auftrag

- des BMVEL, Endbericht Band 1–3, Münster 2005, 1185–1275 (zit.: *Micklitz/Stadler*, Allgemeine Fragen).
- : 4. Abschnitt: Klagearten im neuen Verbandsklagegesetz, in: Micklitz, Hans-W./Stadler, Astrid: Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, Forschungsvorhaben im Auftrag des BMVEL, Endbericht Band 1–3, Münster 2005, 1277–1418 (zit.: *Micklitz/Stadler*, Klagearten).
 - : 5. Abschnitt: Gesetz zur Regelung von Verbands-, Muster- und Gruppenklagen (GVMuG) (zit.: *Micklitz/Stadler*, GVMuG).
 - : Gruppenklagen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft & den Vereinigten Staaten von Amerika, in: Gabriel, Tamara/Pirker-Hörmann, Beate (Hrsg.), Massenverfahren. Reformbedarf für die ZPO?, Wien 2005, 111–309 (zit.: *Micklitz/Stadler*, Gruppenklagen).
 - : The Development of Collective Legal Actions in Europe, Especially in German Civil Procedure, [2006] EBLR, 1473–1503.
- Miller, Arthur R.*: Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the “Class Action Problem”, 92 Harv. L. Rev. 664 – 694 (1979).
- Miller, Geoffrey P.*: Some Agency Problems in Settlement, 16 J. Legal Stud. 189–215 (1987).
- Mincke, Wolfgang*: Einführung in das niederländische Recht, München 2002.
- Mittermaier, C.J.A.*: Die neueste Prozeßgesetzgebung mit beurtheilender Darstellung der neuen Entwürfe für Baiern und die Niederlande und der Prozessordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover, AcP 1828, 144–168.
- Mom, Andreas*: Kollektiver Rechtsschutz in den Niederlanden, Diss., Tübingen 2011.
- Muir Watt, Horatia*: Brussels I and Aggregate Litigation or the Case for Redesigning the Common Judicial Area in Order to Respond to Changing Dynamics, Functions and Structures in Contemporary Adjudication and Litigation, IPRax 2010, 111–116.
- Mulheron, Rachael*: A Channel Apart: Why the United Kingdom has Departed from the European Commission’s Recommendation on Class Actions, CYELS 17 (2015), 36–65.
- : A spotlight on the settlement criteria under the United Kingdom’s new competition class action, (2016) 35(1) C.J.Q., 14–28.
 - : In Defence of the Requirement for Foreign Class Members to Opt In to an English Class Action, in: Fairgrieve, Duncan/Lein, Eva (Hrsg.), Extraterritoriality and Collective Redress, Oxford 2012, 245–266 (zit.: *Mulheron*, Defence).
 - : The Case for an Opt-out Class Action for European Member States: A Legal and Empirical Analysis, 15 Colum. J. Eur. L. 409–453 (2009).
 - : The Class Action in Common Law Legal Systems. A Comparative Perspective, Oxford/Portland (OR) 2004 (zit.: *Mulheron*, Class Action).
 - : Third party funding and class actions reform, (2015) 131 L.Q.R., 291–320.
- Mullenix, Lina S.*: Aggregate Litigation and the Death of Democratic Dispute Resolution, 107 Nw. U. L. Rev. 511–564 (2013).
- : Ending Class Actions as We Know Them: Rethinking the American Class Action, 64 Emory L.J. 399–449 (2014).
 - : Prometheus Unbound: The Gulf Coast Claims Facility as a Means for Resolving Mass Tort Claims – A Fund Too Far, 71 La. L. Rev. 819–916 (2011).
 - : Putting Proponents to Their Proof: Evidentiary Rules at Class Certification, 82 Geo. Wash. L. Rev. 606–650 (2014).
- Müller, Dennis*: „Feststellungskläger müssen draußen bleiben“ – Der sachliche Anwendungsbereich des KapMuG im Kapitalanleger-Schadenersatzprozess, GWR 2015, 221–224.

- Müller, Karin: Kollektiver Rechtsschutz im Wirtschaftsrecht, ZBJV 151 (2015), 801–836.
- Münch, Joachim: Grundfragen des Zivilprozesses. Sinngehalte der Lehre vom Prozesszweck, in: Bruns, Alexander/Münch, Joachim/Stadler, Astrid (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses. Freiburger Symposium am 27. April 2013 anlässlich des 70. Geburtstages von Rolf Stürner, Tübingen 2014, 5–51.
- Münchener Kommentare:
- : Kirchhof, Hans-Peter/Eidenmüller, Horst/Stürner, Rolf (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1: §§ 1–79, Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV), 3. Auflage, München 2013 (zit.: MüKo InsO-Bearbeiter).
 - : Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 5. Auflage, München 2015 (zit.: MüKo ZPO-Bearbeiter).
 - : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München 2017 (zit.: MüKo BGB-Bearbeiter).
 - : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6: Schuldrecht. Besonderer Teil IV, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 7. Auflage, München 2017 (zit.: MüKo BGB-Bearbeiter).
- Murray, Peter L.: The Role of American Judges in Alternative Dispute Resolution, in: Stürner, Rolf/Kawano, Masanori (Hrsg.): International Contract Litigation, Arbitration and Judicial Responsibility in Transnational Disputes, Tübingen 2011, 305–314.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.): Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 14. Auflage, München 2017 (zit.: Musielak/Voit-Bearbeiter).
- Nagareda, Richard A.: The Preexistence Principle and the Structure of the Class Action, 103 Colum. L. Rev. 149–242 (2003).
- Nauer, Christoph: Probleme mit „Sammelklagen“ aus Sicht der Wirtschaft, in: Gabriel, Tamara/Pirker-Hörmann, Beate (Hrsg.), Massenverfahren. Reformbedarf für die ZPO?, Wien 2005, 95–109.
- Newberg, Herbert B.: Newberg on Class actions, 5. Auflage, Thomson Reuters 2016 (Zugriff via Westlaw; zit.: Newberg-Rubenstein).
- Nieper, Franz/Westerdijk, Arjen S. (Hrsg.): Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 6: Allgemeiner Teil des Schuldrechts, Buch 7 und 7A: Besondere Verträge, München/The Hague 1995.
- Nieuwenhuis, J.H./Stolker, C.J.J.M./Valk, W.L. (Hrsg.): Tekst & Commentaar Burgerlijk wetboek, Boeken 6, 7, 8 en 10, 10. Auflage, Deventer 2013 (zit.: Nieuwenhuis et al. T&C BW-Bearbeiter).
- Nobel, Peter/Sauerwein, Nina: Die verfahrensrechtlichen Aspekte des FINMA-Vertriebsbereichs 2010, SZW 2011, 283–292.
- Numann, E.J.: Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, in: Numann, E.J./Koops, E./Meerdink, E.R./Polak, V.M./Schaafsma, S.J. (Hrsg.): Massificatie in het privaatrecht – Opstellen ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het genootschap Iustitia et Amicitia, Deventer 2010, 105–113.
- Oberhammer, Paul: Kollektiver Rechtsschutz bei Anlegerklagen, Gutachten II, in: Österreichischer Juristentag (Hrsg.), Anlegeransprüche – kapitalmarktrechtliche und prozessuale Fragen, Band II/1, Wien 2015, 73–160 (zit.: Oberhammer, Gutachten ÖJT 2015).
- : Sammelklage, quota litis und Prozessfinanzierung, ecolex 2011, 972–980.
 - : Zivilprozessgesetzgebung: Content follows method, in: Honsell, Heinrich/Zäch, Roger/Hasenböhler, Franz/Harrer, Friedrich/Rhinow, René (Hrsg.), Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel/Genf/München 2004, 1025–1050 (zit.: Oberhammer, FS Kramer [2004]).

- Oberhammer, Paul/Domej, Tanja*: Conciliation and Other Types of Alternative Dispute Resolution: Germany, Switzerland and Austria, in: va Rhee, C. H. (Hrsg.), *European traditions in civil procedure*, Antwerpen 2005, 215–221 (zit.: *Oberhammer/Domej*, Conciliation).
- : Ein rechtlicher Rahmen für die Mediation in Österreich. Zum neuen Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ZKM 2003, 144–149.
- Ozmis, Denise/Tzankova, Ianika*: De evaluatie van de WCAM: de kernthema's uitgelicht, TvCR 2012, 33–42.
- Pace, Nicholas*: Group and Aggregate Litigation in the United States, 622 ANNALS 32–40 (2009).
- Pace, Nicholas M./Carroll, Stephen J./Vogelsang, Ingo/Zakaras, Laura*: Insurance Class Actions in the United States, RAND Institute for Civil Justice 2007; zugänglich unter <www.rand.org/pubs/monographs/MG587-1.html> (7.5.2017).
- Parzmayr, Roland/Schobel, Thomas*: Prozessfinanzierung: Zulässiges Erfolgshonorar oder verbotene quota litis?, ÖJZ 2011, 533–539.
- Perino, Michael*: Institutional Activism through Litigation: An Empirical Analysis of Public Pension Fund Participation in Securities Class Actions, 9 JELS 2012, 368–392.
- Perucchi, Leandro*: Anerkennung und Vollstreckung von US class action-Urteilen und -Vergleichen in der Schweiz, Diss., Zürich 2008 (zit.: Perucchi, Anerkennung).
- : Class actions für die Schweiz, AJP 2011, 489–504.
- Pfeiffer, Thomas*: Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit. Die internationale Zuständigkeit im Zivilprozess zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik, Frankfurt am Main 1995.
- Piché, Catherine*: Fairness in class action settlements, Toronto 2011.
- Pijls, A.C.W.*: Noot: Hof Amsterdam, 15 juli 2009, 200.015.289; LJN BJ2691, JOR 2009/325.
- Platz, Ernst*: Der Vergleich im schweizerischen Recht, Diss., Zürich 2014.
- Polak, M.V.*: Iedereen en overal?: Internationaal privaatrecht rond 'massaclaims', NJB 2006, 2346–2355.
- Pritschar, Adam C./Sale, Hillary A.*: What Counts as Fraud? An Empirical Study of Motions to Dismiss Under the Private Securities Litigation Reform Act, 2 JELS 125–149 (2005).
- Prütting, Hanns*: Schlichten statt Richten?, JZ 1985, 261–271.
- Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus* (Hrsg.): ZPO Kommentar, 7. Auflage, Köln 2015 (zit.: Prütting/Gehrlein-Bearbeiter).
- Rabiej, John K.*: The Making of Class Action Rule 23 – What Were We Thinking?, 24 Miss. C. L. Rev. 323–392 (2005).
- Ratner, Morris A.*: Class Conflicts, 92 Wash. L. Rev. (im Erscheinen, 2017).
- Rechberger, Walter H.*: Importware Class Action? Über die Grenzen der Vereinbarkeit eines amerikanischen Rechtsinstituts mit dem österreichischen Zivilprozess-System, in: Bernat, Erwin/Böhler, Elisabeth/Weilinger, Arthur (Hrsg.), *Festschrift Heinz Krejci zum 60. Geburtstag*, Wien 2001, 1831–1863 (zit.: *Rechberger*, FS Krejci [2001]).
- : Prozessrechtliche Aspekte von Kumul- und Großschäden, VR 2003, 15–21.
- : Verbandsklagen, Musterprozesse und „Sammelklagen“, in: Fischer-Czermak, Constanze/Kletečka, Andreas/Schauer, Martin/Zankl, Wolfgang (Hrsg.), *Festschrift Rudolf Welser zum 65. Geburtstag*, Wien 2004, 871–888 (zit.: *Rechberger*, FS Welser [2004]).
- Rechberger, Walter H./Simotta, Daphne-Ariane*: Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. Erkenntnisverfahren, 8. Auflage, Wien 2010.

- Redish, Martin*: Wholesale justice. Constitutional democracy and the problem of the class action lawsuit, Stanford 2009.
- Redish, Martin H./Kastanek, Andrianna D.*: Settlement Class Actions, the Case-or-Controversy Requirement, and the Nature of the Adjudicatory Process, 73 U. Chi. L. Rev. 545–615 (2006).
- Rehm, Christian/Werlen, Thomas*: Paradigmenwechsel in der Primärkapitalmarktregulierung / III.–IV., in: Reutter, Thomas/Werlen, Thomas (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen IX, Zürich 2014, 87–115.
- Reimann, Mathias*: Präventiv-Administrative Regulierung oder Private Law Enforcement?, in: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2008/1, München 2009, 105–146.
- Remus, Dana A./Zimmerman, Adam S.*: Aggregate Litigation Goes Private, 63 Emory L.J. 1316–1338 (2014).
- Rhinow, René A./Koller, Heinrich/Kiss, Christina/Thurnherr, Daniela/Brühl-Moser, Denise*: Öffentliches Prozessrecht. Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3. Auflage, Basel 2014.
- Risse, Jörg*: Das Mediationsgesetz – eine Kommentierung, SchiedsVZ 2012, 244–254.
- Risse, Jörg/Bach, Ivo*: Wie frei muss Mediation sein? – Von Politik, Ideologie, Gesetzgebern und Gerichten, SchiedsVZ 2011, 14–20.
- Röhl, Klaus F.*: Der Vergleich im Zivilprozess – Eine Alternative zum Urteil?, in: Blankenburg, Erhard/Klaus, Ekkehard/Rottleuthner, Hubert (Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band VI, Opladen 1980, 279–316.
- Romy, Isabelle*: Class actions américaines et droit international privé suisse, AJP 1999, 783–801.
- : Litiges de masse. Des *class actions* aux solutions suisses dans les cas de pollutions et de toxiques, Fribourg 1997 (zit.: *Romy*, Litiges).
- : Massenschäden in der Schweiz, in: Koch, Harald/Willingmann, Armin (Hrsg.), Großschäden – Complex Damages. Rechtliche und alternative Regulierungsstrategien im In- und Ausland, Baden-Baden 1998, 177–190 (zit.: *Romy*, Massenschäden).
- Rosenberg, David*: Decoupling Deterrence and Compensation Functions in Mass Tort Class Actions for Future Loss, 88 Va. L. Rev. 1871–1919 (2002).
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter*: Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München 2010.
- Rößler, Eberhard*: Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) unter besonderer Berücksichtigung der rechtlichen Stellung der Beigeladenen, Diss., Konstanz 2008.
- Roth-Cuony, Urs Philipp*: Evaluation der Institution und der Funktion des Schweizerischen Bankenombudsman (Evaluation BOM), Studie im Auftrag des Stiftungsrates des Schweizerischen Bankenombudsman v. 10.1.2012, zugänglich unter <www.bankingombudsman.ch> → Dokumente → Referate und Stellungnahmen (7.5.2017).
- Rotter, Klaus*: Der Referentenentwurf des BMJ zum KapMuG – Ein Schritt in die richtige Richtung!, VuR 2011, 443–449.
- Rubenstein, William B.*: The Fairness Hearing: Adversarial and Regulatory Approaches, 53 UCLA L. Rev. 1435–1482 (2006).
- Rusch, Arnold/Schirmacher, Andreas*: Konsumentenorganisationen im AGB-Streit, ZBJV 149 (2013), 683–704.
- Rutten, Koen*: De curator, de Wcam en de redelijkheid van de vergoeding, TvI 2014/38.

- Säcker, Franz Jürgen*: Kollektivklagen bei Verstößen gegen Wettbewerbs- und Verbraucherschutzvorschriften nach dem Opt-in- und Opt-out-Modell, in: Martinek, Michael/Rawert, Peter/Weitemeyer, Birgit (Hrsg.), Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, Berlin 2010, 325–344.
- Schack, Haimo*: Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 4. Auflage, München 2011 (zit.: *Schack*, Einführung).
- Schäfer, Hans-Bernd*: Anreizwirkungen bei der Class Action und der Verbandsklage, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Kötz, Hein/Baetge, Dietmar (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, Tübingen 1999, 67–100.
- Schellhammer, Kurt*: Zivilprozess. Gesetz – Praxis – Fälle, 13. Auflage, Heidelberg 2010.
- Schepke, Jan*: Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts, Diss., Tübingen 1998.
- Schilken, Eberhard*: Der Zweck des Zivilprozesses und der kollektive Rechtsschutz, in: Meller-Hannich, Caroline (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, Hallesches Symposium zum Zivilverfahrensrecht am 6. Oktober 2007 – Tagungsband, Baden-Baden 2008, 21–52 (zit.: *Schilken*, Zweck).
- : Nebenintervention und Beiladung – das KapMuG und künftige Optionen, in: Lobinger, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Tübingen 2010, 709–725 (zit.: *Schilken*, FS Picker [2010]).
- Schiller, Kaspar*: Erfolgshonorare nach BGFA: Nur die Vereinbarung der reinen Beteiligung am Prozessgewinn ist verboten, AwR 2010, 40–49.
- Schirp, Wolfgang/Kondert, Kerstin*: Kapitalanlagen und „Klageindustrie“ – Plädoyer für eine grundlegende Revision des kollektiven Rechtsschutzes, NJW 2010, 3287–3289.
- Schlosser, Peter F.*: Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess, Tübingen 1968.
- Schlosser, Peter F./Hess, Burkhard*: EU-Zivilprozessrecht, Kommentar, 4. Auflage, München 2015 (zit.: *Schlosser/Hess-Bearbeiter*).
- Schlupe, Walter R.*: § 122. Der aussergerichtliche Vergleichsvertrag, in: Vischer, Frank (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2, Obligationenrecht. Besondere Vertragsverhältnisse, Basel/Stuttgart 1979, 943–950.
- Schmid, Markus*: Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – die Fakten, in: Fellmann, Walter/Weber, Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2015, Zürich 2015, 13–28.
- Schmidt, Céline P.*: Musterprozess (Arbeitstitel), Diss., in Vorbereitung.
- Schneider, Burkhard/Heppner, Heiko*: KapMuG Reloaded – das neue Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, BB 2012, 2703–2713.
- Schneiders, Uwe*: Der Prozessvergleich – persönliche Anmerkungen aus der Sicht eines Praktikers, in: Meller-Hannich, Caroline/ Haertlein, Lutz/Gaul, Hans Friedhelm/Becker-Eberhard, Ekkehard (Hrsg.), Rechtslage – Rechtserkenntnis – Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, München 2015, 457–467.
- Schnyder, Anton K.* (Hrsg.): Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011 (zit.: *Schnyder LugÜ Komm-Bearbeiter*).
- Schoibl, Norbert A.*: Die Verbandsklage als Instrument zur Wahrung „öffentlicher“ oder „überindividueller“ Interessen im österreichischen Zivilverfahrensrecht, ZfRV 1990, 3–34.
- Scholz, Rupert*: Individualer oder kollektiver Rechtsschutz? Zum Verfassungsproblem der Zulassung von Sammel-, Gruppen- und Verbandsklagen, ZG 2003, 248–263.
- Schrank, Claude*: Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Diss., Basel 2015.
- Schuck, Peter H.*: The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orange Example, 53 U. Chi. L. Rev. 337–365 (1986).

- Schumacher, Benjamin*: Prozessfinanzierung. Erfolgshonorierte Fremdfinanzierung von Zivilverfahren, Diss., Zürich 2015.
- Schumacher, Rainer*: Kommentar zu BGer 4A_239/2013 vom 9. September 2013, SZPZ 2014, 1–4.
- Schütze, Rolf A.*: Alternative Streitschlichtung: Zur Übertragbarkeit ausländischer Erfahrungen, ZVglRWiss 97 (1998), 117–123.
- Schwander, Ivo*: Wie müsste eine moderne Zivilprozessordnung aussehen?, ZZZ 2004, 3–20.
- Schweizer, Mark*: Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 2010, 3–35.
- Schwenzer, Ingeborg*: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern 2016.
- Sillen, Joost*: Tussen dogmatiek en pragmatisme: binding aan rechtersregelingen in Nederland en Duitsland, Ars Aequi 2014, 569–575.
- Silver, Charles*: Restitutionary Theory of Attorneys’ Fees in Class Actions, 76 Cornell L. Rev. 656–721 (1991).
- : “We’re Scared to Death”: Class Certification and Blackmail, 78 N.Y.U. L. Rev. 1357–1430 (2003).
- Silvertand, Rob/Papeveld, Joost*: Civiele pseudowetgeving? Een praktische brug te ver, NJB 2007, 956–957.
- Smid, Stefan*: Rechtsprechung. Zur Unterscheidung von Rechtsfürsorge und Prozess, Köln/Berlin/Bonn/München 1990.
- Smid, Stefan/Mohr, Nathalie*: Die Novelle des KapMuG, DZWIR 2013, 343–352.
- Snijders, H.J.*: Chapter 14. Civil procedure, in: Chorus, J. M. J/Gerver, P. H. M/Hondius, E. H. (Hrsg.), Introduction to Dutch law, 4. Auflage, Alphen aan den Rijn, 2006, 241–268.
- Söhner, Matthias*: Das neue Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, ZIP 2013, 7–14.
- Sparrman, Gustaf/Göransson, Linn*: Sweden, in: Karlsgodt, Paul G. (Hrsg.), World Class Actions: A Guide to Group and Representative Actions around the Globe, Oxford/New York 2012, 198–213.
- Spitzer, Christine*: Die einvernehmliche Prozessbeendigung im amerikanischen Zivilprozess und die Anerkennung ihrer Prozesswirkungen in Deutschland, Diss., Marburg 2009.
- Spühler, Karl*: Schlichten vor Richten. Rechtsfragen des Vergleichs, in: Fankhauser, Roland/Widmer Lüchinger, Corinne/Klingler, Rafael/Seiler, Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung. Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich/Basel/Genf 2016, 615–625.
- Stackmann, Nikolaus*: Kein Kindergeburtstag – Fünf Jahre Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, NJW 2010, 3185–3190.
- Stadler, Astrid*: Außergerichtliche obligatorische Streitschlichtung – Chance oder Illusion?, NJW 1998, 2479–2487.
- : Beseitigungsklagen durch Verbände im AGB-Recht, in: Meller-Hannich, Caroline/Haertlein, Lutz/Gaul, Hans Friedhelm/Becker-Eberhard, Ekkehard (Hrsg.), Rechtslage – Rechtserkenntnis – Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, München 2015, 481–497 (zit.: *Stadler*, FS Schilken [2015]).
- : Bündelung von Verbraucherinteressen im Zivilprozess, in: Brönneke, Tobias (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, Baden-Baden 2001, 1–51 (zit.: *Stadler*, Bündelung I).
- : Bündelung von Interessen im Zivilprozess. Überlegungen zur Einführung von Verbands- und Gruppenklagen im deutschen Recht, Heidelberg 2004 (zit. *Stadler*, Bündelung II).

- : Class Actions in den USA als Vorbild für Europa?, in: Brömmelmeyer, Christoph (Hrsg.), Die EU-Sammelklage – Status und Perspektiven, Baden-Baden 2013, 91–108 (zit.: *Stadler*, Class Actions).
- : Collective Redress Litigation – A New Challenge for Courts in Europe, in: Bruns, Alexander/Kern, Christoph/Münch, Joachim/Piekenbrock, Andreas/Stadler, Astrid/Tsikrikas, Dimitrios (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, 1801–1816 (zit.: *Stadler*, FS Stürner [2013]).
- : Conflicts of Laws in Multinational Collective Actions, in: Fairgrieve, Duncan/Lein, Eva (Hrsg.), Extraterritoriality and Collective Redress, Oxford 2012, 191–214 (zit.: *Stadler*, Conflicts).
- : Cross-border mass litigation: a particular challenge for European law, in: Steele, Jenny/van Boom, Willem H. (Hrsg.), Mass justice. Challenges of representation and distribution, Cheltenham 2011, 73–100 (zit.: *Stadler*, Mass litigation).
- : Das Kapitalmarktmusterverfahren im deutschen Recht, in: Bu, Yuanshi (Hrsg.), Recht und Rechtswirklichkeit in Deutschland und China, Tübingen 2011, 147–161 (zit.: *Stadler*, Kapitalmarktmusterverfahren).
- : Das neue Gesetz über Musterfeststellungsverfahren im deutschen Kapitalanlegerschutz, in: Bittner, Ludwig/Klicka, Thomas/Kodek, Georg E./Oberhammer, Paul (Hrsg.), Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag, Wien/NewYork 2005, 663–678 (zit.: *Stadler*, FS Rechberger [2005]).
- : Der Gewinnabschöpfungsanspruch: eine Variante des private enforcement?, in: Augenhöfer, Susanne (Hrsg.), Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, Tübingen 2009, 117–140 (zit.: *Stadler*, Gewinnabschöpfungsanspruch).
- : Developments in Collective Redress: What’s New in the ‘New German KapMuG’?, [2013] EBLR 731–749.
- : Die Bündelung von gleichgerichteten Ansprüchen durch Inkassozession – Geschäftsmodelle zur Prozessfinanzierung auf dem Prüfstand, JZ 2014, 613–622.
- : Die grenzüberschreitende Durchsetzbarkeit von Sammelklagen, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, München 2009, 149–168 (zit.: *Stadler*, Durchsetzbarkeit).
- : Die internationale Anerkennung von Urteilen und Vergleichen aus Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes mit opt-out Mechanismen, in: Geimer, Reinhold/Kaissis, Athanassios/Thümmel, Roderich C. (Hrsg.), Ars aequi et boni in mundo. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag, München 2015, 561–578 (zit.: *Stadler*, FS Schütze [2015]).
- : Die Umsetzung der Kommissionsempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz, ZfPW 2015, 61–84.
- : Die Vorschläge der Europäischen Kommission zum kollektiven Rechtsschutz in Europa – der Abschied von einem kohärenten europäischen Lösungsansatz?, GPR 2013, 281–292.
- : European Developments in Collective Redress, euvr 2014, 80–98.
- : Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in Europa, JZ 2009, 121–133.
- : Internationale Zuständigkeit niederländischer Gerichte für „mass settlements“, in: Jochum, Georg/ Fritzemeyer, Wolfgang/ Kau, Marcel (Hrsg.), Grenzüberschreitendes Recht – Crossing Frontiers, Festschrift für Kay Hailbronner, Heidelberg 2013, 883–898 (zit.: *Stadler*, FS Hailbronner [2013]).

- : Mass Damages in Europe – Allocation of Jurisdiction – Cross-Border Multidistrict Litigation, in: van Boom, W.H./Wagner, Gerhard (Hrsg.), *Mass Torts in Europe*, Berlin/Boston 2014, 197–229 (zit.: *Stadler*, *Mass Damages*).
- : Rechtspolitischer Ausblick zum kollektiven Rechtsschutz, in: Meller-Hannich, Caroline (Hrsg.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess*, Baden-Baden 2008, 93–125 (zit.: *Stadler*, *Ausblick*).
- : Referat beim 62. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), *Verhandlungen des zweiundsechzigsten Deutschen Juristentages*, Band II/1, München 1998, I 35–I 63 (zit.: *Stadler*, *Referat 62. DJT*).
- : Reformen des kollektiven Rechtsschutzes: Schlichten vor Richten!, *VbR* 2015, 145–149.
- : Schadensersatzklagen im Kartellrecht – Forum shopping welcome!, *JZ* 2015, 1138–1149.
- : The Commission's Recommendation on common principles of collective redress and private international law issues, *NiPR* 2013, 483–488.
- : Wider die Mär von der europäischen *class action*, *VuR* 2011, 79–80.
- Staehelin, Adrian/Staehelin, Daniel/Grolimund, Pascal*: *Zivilprozessrecht. Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 2. Auflage, Zürich 2013.
- Stark, Emil W./Knecht, Stefan*: Einführung einer Zwangsgemeinschaft für Geschädigte bei Massenschäden?, *ZSR* 1978 I, 51–80.
- Stauder, Bernd/Feldges, Joachim*: Aussergerichtliche Streitbeilegung bei Verbrauchergeschäften – Versuch einer kritischen Bestandesaufnahme, *ZBJV* 120 (1984), 32–88.
- Stefanelli, Justine N.*: Parallel Litigation and Cross-Border Collective Actions under the Brussels I Framework: Lessons from Abroad, in: Fairgrieve, Duncan/Lein, Eva (Hrsg.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford 2012, 143–170.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin*: *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1: Einleitung, §§ 1–77, 23. Auflage, Tübingen 2014 (zit.: *Stein/Jonas-Bearbeiter*).
- : Band 4: §§ 271–327, 22. Auflage, Tübingen 2008 (zit.: *Stein/Jonas-Bearbeiter*).
- : Band 5: §§ 328–510c, 23. Auflage, Tübingen 2015 (zit.: *Stein/Jonas-Bearbeiter*).
- Steinberg, Georg*: Richterliche Gewalt und individuelle Freiheit. Ein Ansatz zu einer allgemeinen Prozesslehre, Frankfurt am Main 2010 (zit.: *Steinberg*, *Richterliche Gewalt*).
- : Richterliche Gewalt und Mediation, *DRiZ* 2012, 19–23 (ebenso abgedruckt in: *Justice – Justiz – Giustizia* 2012/1).
- Steinberger, Elisabeth*: Die Gruppenklage im Kapitalmarktrecht. Vorschläge zur Weiterentwicklung des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG), Diss., Baden-Baden 2016.
- Stoffel, Walter A.*: L'image du plaideur: du demandeur individuel aux intérêts de groupe, in: Gauch, Peter (Hrsg.), *L'image de l'homme en droit. Mélanges publiés par la faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg*, Freiburg 1990, 497–516.
- Stolp, M.M./de Groot, J.F.*: Een nieuwe procesvorm: het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (art. 392–394 nieuw Rv), *MvV* 2012, 165–170.
- Strong, S.I.*: *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law*, New York 2013.
- Stumpf, Wolf/Müller, Dennis*: Referentenentwurf zur Reform des KapMuG: Neuerungen und Kritik, *GWR* 2011, 464–467.
- Stürner, Rolf*: Die Aufgabe des Richters, Schiedsrichters und Rechtsanwalts bei der gütlichen Streiterledigung, *JR* 1979, 133–138.
- : Die Rechtsschutzqualität des richterlichen Vergleichs und die Regelung des § 279 ZPO, in: Gottwald, Walther/Hutmacher, Wolfgang/Röhl, Klaus F./Strempele, Dieter (Hrsg.),

- Der Prozessvergleich – Möglichkeiten, Grenzen, Forschungsperspektiven, Köln 1983, 147–152 (zit.: *Stürner*, Rechtsschutzqualität).
- : Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht, ZVP 127 (2014), 271–331.
 - : Formen der konsensualen Prozessbeendigung in den europäischen Zivilprozessrechten, in: Breidenbach, Stephan/Coester-Waltjen, Dagmar/Hess, Burkhard/Nelle, Andreas/Wolf, Christian (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung, Akademisches Symposium zu Ehren von Peter F. Schlosser aus Anlass seines 65. Geburtstages, Bielefeld 2001, 5–30 (zit.: *Stürner*, Formen).
 - : Grundfragen richterlicher Streitschlichtung, DRiZ 1976, 202–205.
 - : Prozesszweck und Verfassung, in: Prütting, Hanns (Hrsg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln 1990 (zit.: *Stürner*, FS Baumgärtel [1990]).
 - : Rechtsprobleme der verbandsmäßig organisierten Massenklage, JZ 1978, 499–507.
 - : Richterliche Vergleichsverhandlung und richterlicher Vergleich aus juristischer Sicht, in: Meier, Isaak/Riemer, Hans Michael/Weimar, Peter (Hrsg.), Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, 273–286 (zit.: *Stürner*, FS Walder [1994]).
 - : The Role of Judges and Lawyers in Collective Actions in the United States and Europe, ZVPInt 17 (2012), 259–291.
 - : Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, in: Grunsky, Wolfgang/Stürner, Rolf/Walter, Gerhard/Wolf, Manfred (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, 647–666 (zit.: *Stürner*, FS Baur [1981]).
- Sustmann, Marco/Schmidt-Bendun, Rüdiger*: Der Referentenentwurf zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG) NZG 2011, 1207–1213.
- Sutter, Guido/Lörtscher, Florian*: Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB, recht 2012, 93–101.
- Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph* (Hrsg.): Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: *ZK ZPO-Bearbeiter*).
- Sward, Ellen E.*: Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System, 64 Ind. L.J. 301–355 (1989).
- Tamm, Marina*: Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, ZHR 174 (2010), 525–555.
- ten Wolde, M.H./Peters, N.*: De (on)bevoegdheid van het Gerechtshof Amsterdam in WCAM-zaken, NiPR 2013, 3–12.
- Tercier, Pierre*: Die Verbandsklage der Konsumentenorganisationen im Entwurf zum neuen Konsumkreditgesetz, in: Giger, Hans/Schluep, Walter R. (Hrsg.), Entwicklungstendenzen im schweizerischen Konsumentenkreditrecht. Zu den Entwürfen eines neuen Konsumkreditgesetzes, Zürich 1979, 215–230.
- Thévenoz, Luc*: L'action de groupe en procédure civile suisse, in: Rapports suisses présentés au XIIIème Congrès international de droit comparé, Zürich 1990, 129–155.
- Tilp, Andreas W.*: Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz: Stresstest für den Telekom-Prozess, in: Blaurock, Uwe/Bornkamm, Joachim/Kirchberg, Christian (Hrsg.), Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19. September 2009, Berlin 2009, 331–360.
- Tilp, Andreas W./Roth, Thomas A.*: The German Capital Market Model Proceedings Act as Illustrated by the Example of the Frankfurt Telekom Claims, in: Boom, W. H. van/Wagner, Gerhard (Hrsg.), Mass torts in Europe. Cases and reflections, Berlin/Boston 2014, 131–142.

- Tuil, Mark L.*: The Netherlands, in: Hodges, Christopher/Vogenauer, Stefan/Tulibacka, Magdalena (Hrsg.), *The Costs and Funding of Civil Litigation*, Oxford/Portland 2010, 401–419.
- Tzankova, Ianika*: Case management: the stepchild of mass claim dispute resolution, *Unif. L. Rev.* 2014, 1–22.
- : Collective redress in Vie d'Or: A reflection on a European cultural phenomenon, in: Hensler, Deborah R./Hodges, Christopher/Tzankova, Ianika (Hrsg.), *Class Actions in Context. How Culture, Economics and Politics Shape Collective Litigation*, Cheltenham (UK)/Northampton (MA, USA) 2016, 117–134 (zit.: *Tzankova*, Collective redress).
 - : Everything You Wanted to Know About Dutch Foundations But Never Dared to Ask: a Check List for Investors pt. I (Teil I), *VbR* 2015, 149–153.
 - : Everything You Wanted to Know About Dutch Foundations But Never Dared to Ask: a Check List for Investors pt. II (Teil II), *VbR* 2015, 178–182.
 - : From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure: Reflections on the Potential of Case Management for the Resolution of Mass Disputes, in: Micklitz, Hans-W./Wechsler, Andrea (Hrsg.), *The transformation of enforcement. European economic law in global perspective*, Oxford/Portland (OR) 2016, 245–272 (zit: *Tzankova*, Principles).
 - : Funding of Mass Disputes: Lessons From the Netherlands, 8 *J.L. Econ. & Pol'y* 549–591 (2012).
 - : Noot: Gerechtshof Amsterdam 4 november 2014, 200.127.525/01; ECLI:NL:GHAMS:2014:4560, *JOR* 2015/10.
 - : Noot: Rechtsbank Amsterdam, 23 juni 2010, 398833, *JOR* 2010/225.
 - : Toegang tot het recht bij massaschade, *AV&S* 2007, 277–281.
- Tzankova, Ianika/Hensler, Deborah*: Collective settlements in the Netherlands: some empirical observations, in: Hodges, Christopher/Stadler, Astrid (Hrsg.), *Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims*, Cheltenham/Northampton 2013, 91–105.
- Tzankova, Ianika/Lunsingh Scheurleer, Daan*: The Netherlands, 622 *ANNALS* 149–160 (2009).
- Tzankova, Ianika/van Lith, Hélène*: Class Actions and Class Settlements Going Global: The Netherlands, in: Fairgrieve, Duncan/Lein, Eva (Hrsg.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford 2012, 67–91.
- Unberath, Hannes*: Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung. Prozessuale Wirkungen und Wirksamkeit, *NJW* 2011, 1320–1324.
- van Bochove, L.M./van Doorn, C.J.M.*: Noot: Hof Amsterdam, 1 juni 2006, R05/1743, *TvC* 2007, 13–22.
- van Boom, Willem H.*: Collective Settlement of Mass Claims in The Netherlands, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, München 2009, 171–192.
- van Dam-Lely, J.H./de Hoogh, A.N.L.*: Verslag van de discussie tijdens de voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht op 15 juni 2012, in: Los, W.J.J./van Ravel, B.P.M./Lunsingh Scheurleer, D. F./Voet, S. (Hrsg.): *Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder*, Den Haag 2013, 55–63.
- van den Bergen, Arie J.E./Zijlma, Jesse L.*: The rise and demise of securities leasing in the Netherlands, *J.I.B.L.R.* 2005, 633–643.
- van den Bergh, Roger*: Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem, 20 *MJ* 12–34 (2013).
- van den Brink, V.*: Eén voor allen – Een overzicht van de Wet collectieve afwikkeling massaschade, in: Numann, E.J./Koops, E./Meerdink, E.R./Polak, V.M./Schaafsma, S.J.

- (Hrsg.): *Massificatie in het privaatrecht – Opstellen ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het genootschap Iustitia et Amicitia*, Deventer 2010, 143–158.
- van den Reek, W.A.J.P./de Waal, C.L.J.M.: *De rechterlijke macht en financiële massaschadezaken: De ervaringen van het team effectenlease van de rechtbank Amsterdam*, Trema 2009, 275–281.
- van der Grinten, Paulien: Chapter 14: A Dutch Perspective on Civil Litigation and its Harmonisation, in: Kramer, Xandra E./van Rhee, C.H. (Hrsg.), *Civil Litigation in a Globalising World*, The Hague 2012, 277–290 (zit.: van der Grinten, Perspective).
- : The Netherlands: Policy Observations, in: Hodges, Christopher/Vogenauer, Stefan/Tulibacka, Magdalena (Hrsg.), *The Costs and Funding of Civil Litigation*, Oxford/Portland 2010, 421–429 (zit.: van der Grinten, Policy).
- van der Heijden, M.-J.: Class actions/les actions collectives, EJCL vol. 14.3 (2010), 1–17.
- van der Velden, B.W.G./Raaijmakers, A.S.G.M.: Grenzen van collectieve afdoening in zicht, TOP 2014(5), 381.
- van Doorn, C.J.M.: De tweede WCAM-beschikking is een feit: tijd voor een terugblik en een blik vooruit, Hof Amsterdam 25 januari 2007, rekestnummer 1783/05, LJN AZ7033, AV&S 2007, 105–114.
- van Hooijdonk, Marieke/Eijssvoogel, Peter: *Litigation in the Netherlands: Civil procedure, Arbitration and Administrative Litigation*, 2nd edition, The Hague 2012.
- van Lith, Hélène: *The Dutch Collective Settlements Act and Private International Law*, Apeldorn/Antwerpen/Portland 2011; mit anderen *Seitenzahlen* zugänglich unter <www.wodc.nl> → Publicaties > Publicaties per jaar → 2010 (7.5.2017).
- van Mierlo, A.I.M./van Nispen, C.J.J.C.: *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering, inclusief EEX-Verordening*, 6. Auflage, Deventer 2014, (zit.: van Mierlo/van Nispen T&C Rv-Bearbeiter).
- van Rhee, C.H./Tzankova, I.N.: Collective Redress in the Netherlands, in: Harsági, Viktória/van Rhee, C.H. (Hrsg.), *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*, Antwerp 2014, 209–224.
- van Yperen, C.A.J.: Converium deel II: zesde verbindendverklaring van een collectieve schadeovereenkomst met toepassing van de Wcam, V&O 2012, 11–15.
- Voet, Stefaan: Belgium's Consumer Class Action, VbR 2015, 153–157.
- : Belgium's New Consumer Class Action, in: in: Harsági, Viktória/van Rhee, C.H. (Hrsg.), *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*, Antwerp 2014, 95–109 (zit.: Voet, Belgium).
- : European Collective Redress: A Status Quaestionis, IJPL Vol. 4 (2014), 97–128.
- : The Crux of the Matter: Funding and Financing Collective Redress Mechanisms, in: Hess, Burkhard/Bergström, Maria/Storskrubb, Eva (Hrsg.), *EU Civil Justice. Current Issues and Future Outlook*, Oxford/Portland (OR) 2016, 201–222 (zit.: Voet, Funding).
- Vogel, Oscar: *Prozessvergleich und Willensmängel*, recht 1987, 99–104.
- von Bar, Christian: *Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden?*, Gutachten für den 62. Deutschen Juristentag, München 1998.
- von Bernuth, Wolf H./Kremer, René M.: Das neue KapMuG: Wesentliche Änderungen aus Sicht der Praxis, NZG 2012, 890–895.
- von der Crone, Hans Caspar/Baum, Olivier: *Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken*, GesKR 2016, 278–299.
- von Hein, Jan: *Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht*, in: Brömmelmeyer, Christoph (Hrsg.), *Die EU-Sammelklage – Status und Perspektiven*, Baden-Baden 2013, 129–151.

- von Holzen, Cristina: Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess, Diss., Basel/Genf/München 2006.
- Vorwerk, Volkert: KapMuG – Erfahrungen, Fazit, Ausblick, WM 2011, 817–825.
- Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian (Hrsg.): KapMuG. Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, Kommentar, München 2007 (zit.: Vorwerk/Wolf-Bearbeiter).
- Vriesendorp, R.D.: Faillissement en massaschade: twee kanten van dezelfde medaille?, in: Numann, E.J./Koops, E./Meerdink, E.R./Polak, V.M./Schaafsma, S.J. (Hrsg.): Massificatie in het privaatrecht – Opstellen ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het genootschap Iustitia et Amicitia, Deventer 2010, 173–185.
- Wagner, Gerhard: Kollektiver Rechtsschutz – Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, München 2009, 41–86 (zit.: Wagner, Kollektiver Rechtsschutz).
- : Obligatorische Streitschlichtung im Zivilprozeß: Kosten, Nutzen, Alternativen, JZ 1998, 836–846.
- : Private law enforcement through ADR: Wonder drug or snake oil?, CML Rev. 2014, 165–194.
- : Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen 1998 (zit.: Wagner, Prozessverträge).
- Walter, Gerhard: Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland, 11 Duke J. Comp. & Int'l L. 369–379 (2001).
- Walter, Gerhard/Domej, Tanja: Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 2012.
- Walter, Hans Peter: Prozessuale Aspekte beim Streit zwischen Kunden und Vermögensverwalter, ZSR 2008 I, 99–134.
- Wanner, Viola: Das KapMuG als allgemeine Regelung für Massenverfahren, Diss., Baden-Baden 2010.
- Wardenbach, Frank: KapMuG 2012 versus KapMuG 2005: Die wichtigsten Änderungen aus Sicht der Praxis, GWR 2013, 35–38.
- Wassermann, Rudolf (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozessordnung, Reihe Alternativkommentare, Darmstadt 1987 (zit.: AK ZPO-Bearbeiter).
- Weber, Franziska/van Boom, Willem H.: Dutch Treat: the Dutch Collective Settlement of Mass Damage Act (WCAM 2005), Contratto e Impresa/ Europa 2011, 69–79.
- Weisburst, Sanford I.: Judicial Review of Settlements and Consent Decrees: An Economic Analysis, 28 J. Legal Stud. 55–99 (1999).
- Werlauff, Erik: A Settlement Forum for Stock Quoted Companies and Shareholders Claiming Damage: To Which Extent Does It Create Res Judicata?, ECL 2013, 179–186.
- Widmer Lüchinger, Corinne: Die zivilrechtliche Beurteilung von anwaltlichen Erfolgshonorarvereinbarungen, AJP 2011, 1445–1458.
- Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A.: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, 4. Auflage, Vierter Band: §§ 253–299a, Berlin 2013 (zit.: Wieczorek/Schütze-Bearbeiter).
- Wigand, Johannes: Kollektiver Rechtsschutz auf dem Gebiet des Kapitalmarktrechts – Regierungsentwurf zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG), ZBB 2012, 194–209.
- : Zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG), AG 2012, 845–856.
- Willging, Thomas E./Hooper, Laural L./Niemic, Robert J.: An Empirical Analysis of Rule 23 to Address the Rulemaking Challenges, 71 N.Y.U. L. Rev. 74–185 (1996).

- Willging, Thomas E./Lee III, Emery G.*: Class Certification and Class Settlement: Findings From Federal Question Cases, 2003—2007, 80 U. Cin. L. Rev. 315 – 347 (2011).
- : From Class Actions to Multidistrict Consolidations: Aggregate Mass-Tort Litigation After Ortiz, 58 Kan. L. Rev. 775–807 (2010).
- Wolf, Christian/Lange, Sonja*: Wie neu ist das neue Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz?, NJW 2012, 3751–3757.
- Wolf, Manfred*: Gerichtliches Verfahrensrecht. Darstellung des Zivilprozesses mit vergleichender Betrachtung von Strafprozess und Verwaltungsgerichtsprozess, Reinbek bei Hamburg 1987 (zit.: *Wolf*, Verfahrensrecht).
- : Normative Aspekte richterlicher Vergleichstätigkeit, ZZP 89 (1976), 260–293.
- Wolff, Tobias Barrington*: Preclusion in Class Action Litigation, 105 Colum. L. Rev. 717–808 (2005).
- Wright, Charles Alan/Miller, Arthur R./Kane, Mary Kay/Marcus, Richard L./Steinman, Adam M.*: Federal Practice and Procedure, Federal Rules of Civil Procedure, Vol. 7A/7B, Eagan (Minnesota) 2007 ff. (zit.: *Wright et al.-Bearbeiter*; Zugriff via Westlaw).
- Wyss, Lukas*: Mehrparteienverfahren und kollektiver Rechtsschutz vor Zivilgerichten in der Schweiz, Jusletter v. 16.2.2015.
- Yeazell, Stephen C.*: From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action, New Haven/London 1987 (zit.: *Yeazell*, Group Litigation).
- : The Past and Future of Defendant and Settlement Classes in Collective Litigation, 39 Ariz. L. Rev. 687–704 (1997).
- Zeising, Jörg*: Der Prozessvergleich und sein Bestand vor der Rechtsordnung, WM 2011, 774–782.
- Zekoll, Joachim*: Comparative Civil Procedure, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2006, 1327–1362.
- Zöller, Richard*: Zivilprozessordnung, Kommentar, 31. Auflage, Köln 2016 (zit.: *Zöller/Bearbeiter*).
- Zypries, Brigitte*: Ein neuer Weg zur Bewältigung von Massenprozessen: Entwurf eines Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes, ZRP 2004, 177–179.

Materialienverzeichnis

Materialien Schweiz

- Bericht der Kommission für Rechtsfragen v. 3.4.2014 zur Motion Nr. 13.3931 (Birrer-Heimo).
- Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013: Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten (zit.: Bundesrat, Bericht 2013).
- Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) über die Vernehmlassungsergebnisse zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) v. 13.3.2015 (zit.: Bericht Vernehmll. FIDLEG/FINIG v. 13.3.2015).
- Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Juni 2003 (zit.: Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission [2003]).
- Botschaft zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG) vom 18. November 1998, BBl 1998, 2829 ff. (zit.: Botschaft GestG, BBl 1998).
- Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015, 8901 ff. (zit.: Botschaft FIDLEG, BBl 2015).
- Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009, 6151 ff (zit.: Botschaft UWG [2009], BBl 2009).
- Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff. (zit.: Botschaft ZPO, BBl 2006).
- Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen (FINMA-Vertriebsbericht 2010), Oktober 2010 (zit.: FINMA-Vertriebsbericht 2010).
- Entwurf: Bundesgesetz über Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG), BBl 2015, 9093 ff. (zit.: E-FIDLEG, BBl 2015).
- Erläuternder Bericht von Pierre Widmer und Pierre Wessner, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (1999) (zit.: Erläuternder Bericht Revision Haftpflichtrecht [1999]).
- Erläuternder Bericht v. 25.6.2014 zur Vernehmlassungsvorlage Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG), Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG) (zit.: Erläuternder Bericht VE-FIDLEG v. 25.6.2014).
- Fragestunde Nationalrat Winteression 2010, Frage NR Bischof: Sammelklagen auch in der Schweiz?, Antwort BR Sommaruga, 6.12.2010, AB Nr. 10.5511 (zit.: Fragestunde NR Winteression 2010).
- Medienmitteilungen zum Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstitutsgesetz: v. 13.3.2015: Bundesrat nimmt vom Vernehmlassungsergebnis Kenntnis und trifft erste Richtungsentscheide.
v. 24.6.2015: Bundesrat legt in drei Teilbereichen die Grundsätze für die Ausgestaltung fest.

- v. 4.11.2015: Bundesrat verabschiedet Botschaft zum Finanzdienstleistungs- und Finanzinstituts-gesetz.
- Motion NR Birrer-Heimo v. 30.9.2011, Nr. 11.3977, Erleichterung der Rechtsdurchsetzung in kollektiven Verfahren.
- Motion NR Birrer-Heimo v. 27.9.2013, Nr. 13.3931, Förderung und Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung.
- Motion NR Jutetz v. 28.9.1998, Nr. 98.3401, Einführung der Sammelklage im Arbeits-, Miet- und Konsumentenrecht.
- Motion NR Schwaab v. 7.3.2013, Nr. 13.3052, Recht zur Sammelklage bei Datenschutzverletzungen, insbesondere im Internet.
- Schlussbericht an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Juli 1997), Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege (zit.: Schlussbericht Totalrevision Bundesrechtspflege [1997]).
- Stellungnahme economiesuisse v. 31.10.2014, Vernehmlassung zum Finanzdienstleistungs- und Finanzinstituts-gesetz (FIDLEG/FINIG) (zit.: Stellungnahme economiesuisse zum VE-FIDLEG).
- Stellungnahme SAV v. 17.10.2014, Vernehmlassung zum Finanzdienstleistungs- und Finanzinstituts-gesetz (FIDLEG/FINIG) (zit.: Stellungnahme SAV zum VE-FIDLEG).
- Vernehmlassungsvorlage/Vorentwurf: Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG), 2014 (zit.: VE-FIDLEG).

Materialien Europäische Union

- Empfehlung der Kommission vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, 2013/396/EU, ABl. 2013, L 201, S. 60 ff. (zit: Kommission, Empfehlung 2013).

Materialien USA

- Advisory Committee, Note 2003 Amendment, in: United States Code Annotated, Federal Rules of Civil Procedure for the United States District Courts, Rule 23 FRCP (Zugriff via Westlaw; zit.: Advisory Committee, Note 2003 Amendment).

Materialien Niederlande

- Advies inzake Wetsvoorstel tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde collectieve afwikkeling van massaschade te vergemakkelijken (Wet collectieve afwikkeling massaschade), Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, 5. December 2002 (zit.: Advies NVvR [2002]).
- Advies Raad van State en nader rapport, Wet collectieve afwikkeling massaschade, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2003-2004, 29 414, Nr. 4 (zit.: Advies RvS, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 4).
- Brief van de Minister van Justitie, Evaluatie van de Wet collectieve afwikkeling massaschade, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2008-2009, 31 762, Nr. 1 (zit.: Brief Justizmin., TK 2008-2009, 31 762, Nr. 1).

- Commissie normstellende rol Hoge Raad: Rapport “Versterking van de cassatierechtspraak” v. 27.3.2008.
- Memorie van Aantwoord, Wet collectieve afwikkeling massaschade, Eerste Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2003-2004, 29 414, lit. C (zit.: MvA, EK 2004-2005, 29 414, lit. C).
- Memorie van Toechlichting, Wet collectieve afwikkeling massaschade, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2003-2004, 29 414, Nr. 3 (zit.: MvT, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 3).
- Memorie van Toechlichting, Regels omtrent instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (Wet handhaving consumentenbescherming), Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2005-2006, 30 411, Nr. 3 (zit.: MvT, 2005-2006, 30 411, Nr. 3).
- Memorie van Toechlichting, Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2010-2011, 32 612, Nr. 3 (zit.: MvT, TK 2010-2011, 32 612, Nr. 3).
- Memorie van Toechlichting, Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2011-2012, 33 126, Nr. 3 (zit.: MvT, TK 2011-2012, 33 126, Nr. 3).
- Memorie van Toechlichting, Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2016-2017, 34 608, Nr. 3 (zit.: MvT, TK 2016-2017, 34 608, Nr. 3).
- Nota naar aanleiding van het Verslag, Wet collectieve afwikkeling massaschade, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2003-2004, 29 414, Nr. 7 (zit.: NaV, TK 2003-2004, 29 414, Nr. 7).
- Nota naar aanleiding van het Verslag, Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2012-2013, 33 126, Nr. 7 (zit.: NaV, TK 2012-2013, 33 126, Nr. 7).
- Voorstel van Wet, Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2016-2017, 34 608, Nr. 2 (zit.: VvW, TK 2016-2017, 34 608, Nr. 2).

Materialien Deutschland

- Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren, Drs. 15/5091, S. 13 ff. (zit.: Begründung KapMuG 2005, Drs. 15/5091).
- Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrens-gesetzes, Drs. 17/8799, S. 13 ff. (zit.: Begründung KapMuG 2012, Drs. 17/8799).
- Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“: Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts, Drs. 14/7515 (zit.: Bericht Regierungskomm. „Corporate Governance“, Drs. 14/7515).
- Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 15/5091 – Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren, Drs. 15/5695 (zit. Beschlussempfehlung KapMuG 2005).
- Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 17/8799 – Entwurf eines Gesetzes zur Reform

- des Kapitalanleger- Musterverfahrensgesetzes, Drs. 17/10160 (zit.: Beschlussempfehlung KapMuG 2012, Drs. 17/10160).
- Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz: Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes, Stand 21.7.2011 (zit.: Referentenentwurf KapMuG 2012).
- Stellungnahme der Anwaltskanzlei Gleiss Lutz v. 19.4.2012 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (zit.: Stellungnahme Gleiss Lutz zum GesE 2012).
- Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Referentenentwurf eines Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes v. September 2011 (zit.: Stellungnahme BRAK zum RefE 2011).
- Stellungnahme der Richterin Dagmar Junck zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (zit.: Stellungnahme Junck zum GesE 2012).
- Stellungnahme des Bundesverbandes der Deutschen Industrie zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG) v. 16.9.2011 (zit.: Stellungnahme BDI zum RefE 2011).
- Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Zivilverfahrensrechtsausschuss zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes v. Oktober 2011 (zit.: Stellungnahme DAV zum RefE 2011).
- Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes v. September 2011 (zit.: Stellungnahme DRB zum RefE 2011).
- Stellungnahme des Instituts für Prozess- und Anwaltsrecht der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes v. 15.9.2011 (zit.: Stellungnahme des IPA (Univ. Hannover) zum RefE 2011).
- Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. v. 20.4.2012 zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (zit.: Stellungnahme VZBV zum GesE 2012).

Sachregister

Abweisung des Antrags 97, 128
ad hoc-Organisationen 69, 71 f., 177 ff.
adversary system 39 f., 51
Akteneinsicht 95, 125 f., 167, 171
Alternative Dispute Resolution 12, 25 f.
American rule 40, 59, 63
Anerkennung und Vollstreckung 101 ff., 188
Angemessenheit
– Kriterien 51 ff., 80 ff., 126 f., 195 ff.
– Überprüfung 10, 48, 106, 126 ff., 141, 171, 191, 194 ff.
Anhörung 50 f., 95 f., 125 f., 168 ff.
Anmelder 114, 119 f.
Anwaltshonorar 54, 59 f., 83, 106 f., 117, 203 ff.
Anwendbares Recht 90
Ausschüttung, *siehe* Verteilung der Entschädigungen
Austrittsrecht, *siehe: opt-out*

Benachrichtigung 37 ff., 56, 93 ff., 104, 125, 157, 161 ff., 168, 187 f., 202, 220 f.
Bericht zum kollektiven Rechtsschutz (2013) 3
Beschleunigungsgebot 138, 140, 155
Beweisanträge 171, 201
Beweisforschung 147 ff.
blackmail settlement 55 f., 109
blow-up-Klausel 50, 99, 123 f., 162 f., 221
Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte 20

certification 35 ff., 44 ff., 55 f., 220
certification order, *siehe: certification*
Claimcode 70 ff.
claims resolution facilities 57

claims-made settlement 58
class action 28 ff., 108, 111, 134
class action settlement 43 ff.
class action waiver 28
class counsel 33 f., 36, 45 f., 53, 59 ff., 106 f., 176
class representative 28, 31 ff., 39, 45 ff., 59 ff., 176
code of conduct 70 ff.
common fund settlement 58
common fund-Doktrin 59, 62, 206
commonality 31 f., 136
contingency fee, *siehe* Erfolgshonorar
Converium-Verfahren 67, 82 f., 88, 106, 178, 212, 223
corresponding declaratory relief 29
coupon settlement 54, 58 f.
cy pres relief 59, 172 f.

damages class action 30, 34 ff., 41 f., 46
demokratische Wahl 182
DES-Verfahren 67, 222
Deutsche Telekom 110, 140
Dexia-Verfahren 67, 88 f., 106 f., 222
Diethylstilbestrol (DES) 65
discovery 40 f., 52, 63, 75, 145 ff., 171, 197, 220
dismissal 35, 43
Dispositionsmaxime bzw. -freiheit 7, 9, 18, 103, 113, 134, 153 ff.
Druckmittel 13, 23, 55, 109, 124
DSB-Verfahren 67, 85, 223

Editionspflichten 40 f., 75, 149, 171, 187
Eingriffsrecht 39, 201
Empfehlung EU/396/EU 2, 152

- Erfolgshonorar 59 ff., 89, 106 ff.,
192 ff., 199, 203 ff.
- Ernennung des Repräsentanten 181 ff.
- Experten, *siehe* Gutachten
- fair and adequate representation* 32 ff.
- fairness hearing*, *siehe* Anhörung
- faktische Präjudizwirkung 24, 64, 77,
144
- Federal Rules of Civil Procedure* 29
- Feststellungsziele 111 f.
- Finanzdienstleistungsgesetz 4
- Finanzinstitutsgesetz 4
- Finanzkrise 3
- Förderung von Vergleichsverhandlungen 11 ff., 40, 120, 145 ff.
- Fortis*-Verfahren 67
- Geschädigte, *siehe* Gruppenmitglieder
- Geschäftsführung ohne Auftrag 185
- grenzüberschreitende Zustellung 94 f.,
188
- Gruppengröße 31, 74, 136
- Gruppenmitglieder 31, 73 ff., 119,
153 ff.
- Gruppenvergleich
- außergerichtlicher 22 ff., 118, 120
 - Begriff 5, 17
 - gerichtlicher 18 ff.
- Gutachten 50, 83, 198
- Handlungsfreiheit, *siehe* Dispositionsfreiheit
- hybrid class action* 29
- hybride Prozessfinanzierung 107, 110,
192, 204
- incentive award* 61 f.
- Individuelle Anspruchsprüfung 5
- Informationsdefizit 51, 84 ff., 127, 202
- injunctive relief* 29
- in-kind compensation*, *siehe: coupon settlement*
- Insolvenzverfahren 66, 67, 104, 157,
159 f., 182
- Interessenkonflikte 33, 62, 70 f., 176 ff.,
208 ff.
- interim class counsel* 46, 181
- intervention* 41, 170
- Interventionswirkung 116
- jury trial* 63
- Justizgewährungsanspruch 2, 12, 14,
138 ff., 156, 173
- Justizstandort 108 f., 173 f.
- Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz
110
- Klageanerkennung 8
- Klagenhäufung
- objektive 20 ff.
 - subjektive, *siehe* Streitgenossenschaft
- Klagerückzug 8
- Kollektiver Rechtsschutz
- Begriff 1
 - konsensualer 141 ff.
 - kontradiktorischer 141 ff.
- kollektiver Vergleich 5
- kollusives Verhalten 53, 198 f.
- Konkursverfahren, *siehe* Insolvenzverfahren
- Kosten
- der Benachrichtigung 39, 105, 188
 - des Verfahrens 52, 59 ff., 105 ff.,
116, 132, 203 ff.
- Kündigungsrecht, *siehe* *blow-up-Klausel*
- Lehmann Brothers* 22
- Lithgow et al. v. United Kingdom* 104,
155 f.
- lodestar method* 60 f.
- Massenschaden 1, 23, 35, 58, 64,
138 ff., 155 ff., 166, 168, 172, 209
- Massenvergleich 5
- Mitwirkungslast 154 f.
- motion to dismiss*, *siehe: dismissal*
- mündliche Verhandlung, *siehe* Anhörung
- Multidistrict Litigation* 28
- Musterkläger 114 ff., 119
- Musterprozess 24 ff., 34, 144, 149, 151
- Musterverfahrens Antrag 112 f.
- nachträgliches Austrittsrecht 162 ff.
- net expected value*-Methode 51 f., 196

notice, siehe Benachrichtigung
numerosity, siehe Gruppengröße

objection, siehe Stellungnahme
 öffentliche Bekanntmachung 104 f.,
 158 ff.
opt-in 134, 143, 151 ff.
opt-out 41, 47 ff., 53, 91, 98 f., 113,
 128 f., 151 ff.
ordre public, siehe Anerkennung und
 Vollstreckung

Parallelverfahren, siehe Rechtshängig-
 keit
percentage-of-fund method 60 f.
predominance 34 f.
preliminary approval 46 f.
 Privatautonomie 7, 15 f., 23, 85, 194,
 199 ff., 211
private law enforcement 30, 63, 156,
 179
 private Organisation, siehe Vertreter-
 organisationen
 Profit-Verbot 179 f.
 Protokoll 9, 11, 128, 148, 194
 Prozessfinanzierung 21, 69, 107, 109,
 116, 135, 180, 192 ff., 204 ff.
 Prozesskostenfonds 4
 Prozessrisiko 13, 196, 212
 Prozessstandschaft 186 f., 194
 Prozessvergleich 8
punitive damages 30, 63

Quorum 124

rationale Apathie 2, 48, 139, 156
 rechtliches Gehör 48, 95, 103 ff., 115,
 125, 134, 153 ff., 167 ff., 187
 Rechtshängigkeit 88 ff., 143, 155
 Rechtskraft 10, 23, 96, 101 ff., 116,
 130, 141 f., 186
 Rechtsschutzalternativen 14 ff.
 Rechtsschutzsystem 4, 15
 Rechtsschutzversicherungen 107, 116,
 205
 Repräsentation 175 ff.
 Repräsentativität 70 ff., 77, 180, 190
 Retrozessionen 22
reverse auction 53 f., 199

revisionary fund 58
 Rücktrittsrecht 123

Sachverhaltsermittlung 75 f., 120,
 145 ff.
 Sammelklage, siehe: *class action*
 Sammelvergleich 5
 Satzung, siehe Vertreterorganisationen
 Schiedsgericht 4
 Schlichtungsverfahren 12
Schmid u.a. v. Constantin Medien AG
(vormals EM.TV) u.a. 118, 126, 223
securities class actions 30, 62
settlement (-only) class actions 37,
 44 ff., 137 f., 141
Shell-Verfahren 67, 87, 94 f., 106, 178,
 222
 Sonderprüfungsverfahren 75 f., 149
 Sondervollmacht 9, 18, 184
 Spätgeschädigte 31, 36, 74 f., 98, 157,
 166
statutory fee shifting 60
 Stellungnahme 47 f., 53, 82 f., 95,
 125 ff., 167 ff., 197 f.
 Stellvertretung 184 f.
 Stiftungen, siehe Vertreterorganisatio-
 nen
 Streitbeilegungsmechanismus 26, 123,
 131
 Streitgenossenschaft
 – einfache 3, 17, 18 ff., 21, 31, 34
 – Gerichtsstand 87 f.
 Streuschaden 1 ff., 23, 30, 35 f., 48, 55,
 58 f., 64, 110, 134, 138 ff., 155 ff.,
 172, 179
strike suits 55
subclass 36, 183
 Subventionen 207 f.
superiority 34 f.
sweetheart deal bzw. *sweetheart settle-*
ment 53, 109

take-up rate 172 f.
typicality 32

 Überlastung der Gerichte 1, 35, 140,
 142
 Überwachung

- des anwaltlichen Vertreters 191 f., 210 ff.
- des Prozessfinanzierers 192 f., 210 ff.
- des Repräsentanten 189 f., 210 ff.
- unabhängiges Gericht 13
- unbekannte Geschädigte 93 ff., 160 ff., 168, 186
- ungewisse Rechtsverhältnisse 15, 81 f., 134
- unparteiisches Gericht 13
- Untersuchungsgrundsatz 171, 190, 201
- Vedior*-Verfahren 67, 223
- Verbandsklage 2 ff., 20, 63 f., 66, 69 f., 72, 77, 109, 111, 143, 144 f., 146, 156, 179, 186
- Verbands-Musterklage 24
- Verbindlicherklärung 56 f., 96, 128, 194
- Verein für Konsumenteninformation 20
- Vereine, *siehe* Vertreterorganisationen
- Vergleich
 - außergerichtlicher 11
 - Begriff 7
 - Förderung 11 ff.
 - gerichtlicher 8 ff.
- Vergleichsdruck 13, 55
- Vergleichsverhandlungen 45 f., 53, 68, 76, 109 f., 119 f., 145 ff., 178 ff.
- Vergütungsanspruch 206
- Verjährung 37, 91 ff., 97, 114
- Verteilung der Entschädigungen 57 ff., 99 ff., 130 f., 172 f.
- Vertreterorganisationen 68 ff., 177 ff., 189 ff.
- Vertretungsbefugnis 183 ff.
- Vie d'Or*-Verfahren 67, 178, 222
- Vollstreckung des Gruppenvergleichs 99 ff., 130 ff.
- Vorlage- bzw. Vorabentscheidungsverfahren 77 f., 109, 149 f.
- Vorlagebeschluss 113
- Vorlageverfahren (KapMuG) 112 ff.
- Vorprozessuale Anhörung 76 f.
- vorsorgliche Beweisabnahme 146 ff.
- Warnzeichen 53 f., 199
- Wendenburg et al. v. Germany* 104, 155 f.
- Wet collectieve afwikkeling massaschade* 64
- Widerrufsrecht 123
- Wirksamkeit der Gruppenvergleichs 129 f.
- zukünftige Geschädigte, *siehe* Spätgeschädigte
- Zweck des Zivilprozesses 14 ff.

